UNIVERSITÉ DE LIMOGES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Thèse
Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES
Discipline : Droit privé
Présentée et soutenue publiquement
par
Béatrice MOUTEL

le 25 novembre 2006

L' « EFFET HORIZONTAL » DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées

Directeur de recherche :
Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD
Professeur à l'Université de Limoges

Rapporteurs :
Monsieur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA
Professeur à l'Université de La Rochelle
Monsieur Eddy LAMAZEROLLES
Professeur à l'Université de Poitiers
Assesseurs :
Monsieur Éric GARAUD
Professeur à l'Université de Limoges
Monsieur Dean SPIELMANN
Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinons doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISÉES

ADE : Annuaire de droit européen
AFDI : Annuaire français de droit international
AJDA : Actualité juridique, Droit administratif

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

c. : contre
CDE : Cahiers de droit européen
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
ch. : chambre
chron. : chronique
Cass. Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc : Chambre sociale de la Cour de cassation
CIJ : Cour Internationale de justice
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
coll. : collection
Comm. : commentaire
Comm. EDH : Commission européenne des Droits de l'Homme
Comp. : comparer
Concl. : conclusions
Cons. const. : Conseil constitutionnel
Contra : en sens contraire
Cour EDH : Cour européenne des Droits de l'Homme

D. : Recueil Dalloz
Déc. : Décision sur la recevabilité de la Commission européenne des Droits de l'Homme ou de la Cour depuis le 1er novembre 1998
dir. : sous la direction de

éd. : édition

fasc. : fascicule

GACEDH : Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
Gde Ch. : Grande Chambre

ibid. : ibidem (au même endroit)
in : dans
infra : ci-dessous
IR : informations rapides

JCP : La semaine juridique (Juris-classeur périodique), édition générale
JCP E : La semaine juridique (Juris-classeur périodique), édition entreprise et affaires
JDI : Journal de droit international (Clunet)
JO : Journal officiel de la République française
JT : Journal des tribunaux

loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
LPA : Les Petites Affiches

NCPC : Nouveau Code de procédure civile

obs. : observations
op. cit. : *opus citatum* (œuvre citée)

p. : page
préc. : précité

Rapp. : Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme
RBDI : Revue belge de droit international
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RCJB : Revue critique de jurisprudence belge
RDC : Revue des contrats
RDH : Revue des Droits de l'Homme
RDP : Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec. : Recueil
req. : requête
RFDA : Revue française de droit administratif
RGDIP : Revue générale de droit international public
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF : Revue juridique Personnes famille
RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH : Revue universelle des droits de l'homme

s. : suivant
spéc. : spécialement
Som. : sommaires commentés
supra : ci-dessus

TGI : Tribunal de grande instance
TP : Travaux préparatoires

V. : Voir
Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1. Employée avec emphase, la notion de droits de l'Homme agrémente les discours contemporains et sillonne la presse nationale. Le concept de droits de l'Homme, longtemps rattaché à la doctrine jusnaturaliste et à la philosophie des lumières du XVIIIème siècle, et exprimé sous le vocable de « droits naturels »[1], remonte à la Grèce antique et à Rome[2]. Par la suite, les droits de l'Homme se sont immiscés progressivement mais de façon prégnante dans le droit positif universel et régional, et ont ainsi quitté les aires de virtualité dans lesquelles ils avaient stagné pour rejoindre le chemin de la concrétisation. Le parcours, laborieux et chaotique, a été essarté dans la période postérieure à la seconde guerre mondiale. L'impulsion a été donnée au plan universel par la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945, dont plusieurs dispositions sont consacrées au respect des droits de l'Homme[3], puis par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 10 décembre 1948[4].

2. Sans que soit affaiblies les réflexions sur le caractère universel des droits de l'Homme[5], ces initiatives internationales ont été complétées par des systèmes de protection adaptés aux diversités régionales. Dès 1948, l'organisation des Etats américains adopta la

---

[1] V. la déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique de 1776 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont le préambule vise « *les droits naturels inaliénables et sacrés* » ; J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 25.

[2] G. Tenekides, « La Cité d'Athènes et les droits de l'Homme », *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 605.

[3] Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2ème éd., Masson, 1991, p. 86.

[4] Cette déclaration n'ayant pas de valeur juridique obligatoire, elle fut complétée par deux pactes adoptés par l'Assemblée générale de l'O.N.U. le 16 décembre 1966 : d'une part, le Pacte relatif aux droits civils et politiques, d'autre part, le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

[5] V. par exemple : N. Valticos, « Universalité et relativité des droits de l'Homme », *in Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 737 ; X. Dijon, *Droit naturel*, tome 1, *Les questions du droit*, PUF, coll. Thémis, 1998, p. 573 ; A. Supiot, « Les Droits de l'homme, mode d'emploi », *in Du droit du travail au droits de l'humanité, Etudes offertes à Jean-Philippe Hesse*, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 421 ; J. Mourgeon, « L'universalité des droits de l'Homme entre foi et droit », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1265 ; P. Waschmann distingue universalisme et universalité : si les droits de l'Homme sont un « *universalisme (ils s'adressent à tous les hommes, sans distinction), il ne sont pas universels* », *Les droits de l'Homme*, 4ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, p. 50.

déclaration américaine des droits de l'Homme. Le 4 novembre 1950, fut signée à Rome, au sein du Conseil de l'Europe, la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, plus généralement citée Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH). L'objectif était de combattre les systèmes totalitaires et de favoriser l'instauration des démocraties en Europe. Ainsi s'est développé un système de protection internationale et régionale des droits de l'Homme.

3. L'inscription des droits de l'Homme dans un texte supranational conjuguée à l'instauration d'institutions de contrôle a permis au Conseil de l'Europe de développer une protection originale et unique au plan régional[6]. La Cour européenne des droits de l'Homme[7], chargée d'assurer le respect des engagements pris par les Etats[8], peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles[9], après épuisement des voies de recours internes[10]. L'admission de requêtes individuelles, adjointes aux saisines étatiques[11],

---

[6] La Convention américaine des droits de l'Homme organise également un système de contrôle juridictionnel de l'application de ses dispositions, mais le modèle européen semble « *le plus achevé* », F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 289, p. 531.

[7] Dont le siège est à Strasbourg.

[8] Article 19 CEDH. Entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Convention européenne n'a été ratifiée par la France que le 3 mai 1974. Le droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'Homme, inscrit à l'ancien article 25, fut accepté le 2 octobre 1981. Pour un rappel du contexte historique entourant ces deux souscriptions tardives, V. « La France et la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés Fondamentales », XXVe anniversaire de la ratification de la Convention, Colloque du 3 mai 1999, *Europe*, n° Hors série, Octobre 1999, p. 5. V. également les interventions de René Cassin, alors juge puis vice-président et président de la Cour européenne, en faveur d'une ratification : L.-E. Pettiti, « René Cassin, juge à la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDH* 1985, n° spécial René Cassin, p. 106, spéc. p. 109 s.

[9] Article 34 CEDH.

[10] Article 35 CEDH. Le protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention, adopté le 14 mai 2004 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et ratifié par la France le 7 juin 2006, prévoit de restreindre la recevabilité des requêtes individuelles et de renforcer l'effectivité des voies de recours internes, afin d'alléger le rôle de la Cour. Aux termes du futur article 35 § 3, la requête individuelle pourra être déclarée irrecevable « si le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'Homme garantis par la Convention ou ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ». G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, *La réforme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme : le protocole n° 14 et les*

constitue la particularité de la protection européenne des droits de l’Homme. La voie d’action individuelle se révèle en outre la plus efficace pour la protection des droits de l’Homme, les requêtes étatiques étant peu utilisées[12]. La spécificité européenne ne se limite pourtant pas aux modalités de saisine de ses institutions et il s’avère que les décisions rendues par les instances strasbourgeoises[13], consécutivement aux recours supranationaux, constituent l'apport essentiel du système mis en place.

4. La Cour européenne des droits de l’Homme est investie d'un pouvoir d'interprétation par l'article 32[14] de la Convention, sans qu’aucune précision ne soit apportée sur les méthodes à employer. Néanmoins, les juges européens se sont spontanément soumis aux règles d’interprétation admises en droit international et inscrites dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 février 1969[15], relative au droit des traités. Ils se sont également

---

recommandations et résolutions du Comité des Ministres, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2005.

[11] Article 33 CEDH.

[12] H. Labayle, « Article 24 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l’Homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, p. 571, spéc. p. 573 et s. L’article 24 est devenu l’article 33 avec l’entrée en vigueur du Protocole n° 11.

[13] Depuis le 1er novembre 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n° 11 adopté le 11 mai 1994, une Cour européenne permanente a été substituée aux trois organes décisionnels originaires ; la Commission européenne des droits de l’Homme a été supprimée et le Comité des Ministres n'intervient désormais que pour surveiller l'exécution des arrêts rendus par la Cour ; G. Cohen-Jonathan, « Le protocole n° 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l’Homme », *Europe* 1994, chron. 1 ; F. Sudre, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l’Homme : le protocole 11 additionnel à la Convention », *JCP* 1995, I, 3849 ; O. de Schutter, « La nouvelle Cour européenne des droits de l’Homme », *CDE* 1998, p. 319 ; J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l’Homme renouvelée », *D*. 1999, chron. 221 ; J.-F. Renucci, « La nouvelle Cour européenne des droits de l’Homme », *Droit et Patrimoine* 1999, p. 84.

[14] Article 45 avant l’entrée en vigueur du protocole n° 11.

[15] Cour EDH, Arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, § 29 ; Selon l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Cette Convention n’était pas encore entrée en vigueur lorsque la Cour s’y est référée ; R. Pelloux, « L’affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l’Homme », *AFDI* 1975, pp. 330-339 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’homme*, 3ème éd., PUF, coll. Thémis, 2005, (ci-après *GACEDH*), n° 25, comm. A Gouttenoire.

réservé la possibilité de créer leurs propres techniques d'interprétation[16]. La ligne directrice des méthodes ainsi instituées réside dans l'affirmation selon laquelle l'objectif essentiel de la Cour est de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* »[17]. La recherche d'effectivité irradie, motive et justifie les arrêts strasbourgeois. Cette préoccupation est doublée d'une interprétation évolutive qui permet à la Cour de faire progresser et d'actualiser sa jurisprudence en concomitance avec l'évolution des sociétés européennes[18]. La Convention doit en effet se lire à la « *lumière des conditions d'aujourd'hui* »[19]. L'interprétation développée et la jurisprudence élaborée par la Commission[20] et la Cour ont ainsi transformé le texte originel en *corpus* ouvert ; l'extension prétorienne du domaine d'intervention de la Convention stimulée par une recherche constante d'effectivité a participé au processus de concrétisation des droits de l'Homme. Dès lors, le droit positif européen des droits de l'Homme s'entend de la Convention et de ses protocoles

[16] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 31 ; F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1989, p. 405, spéc. p. 445 et s.

[17] Cour EDH, Arrêt *Airey c. Irlande* du 24 octobre 1979, série A n° 33, § 24 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre. Cette conception était déjà perceptible dans des arrêts antérieurs, ainsi la Cour a pu affirmer que « *s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de "la Convention" et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* », Cour EDH, arrêt *Wemhoff c. RFA* du 27 juin 1968, série A n° 7, § 8.

[18] V. J.-P. Marguénaud, obs. sous Cour EDH *arrêt Mazurek c. France* du 1er février 2000, req. n° 34406/97, *RTD civ.* 2000, p. 429, spéc. p. 432 ; F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'homme », *JCP* 2001, I, 335 : l'auteur démontre que l'interprétation progressiste de la Cour résulte moins d'une évolution commune des systèmes juridiques nationaux que d'une démarche « constructive » du juge européen.

[19] Cour EDH, Arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A n° 26, § 31 ; *AFDI* 1978, p. 400, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1979, p. 471, obs. G. Cohen-Jonanthan ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. Rolland ; Arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, § 58 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, p. 53 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, p. 513 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A Gouttenoire.

[20] La Commission a été supprimée par le protocole n° 11 mis en place à partir du 1er novembre 1998. Auparavant elle avait pour fonction d'examiner la recevabilité des requêtes, d'établir contradictoirement les faits de la cause et enfin soit d'établir un rapport constatant un règlement amiable soit d'établir un rapport transmis aux parties et dans lequel elle formulait un avis sur la violation alléguée ; J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., pp. 11-12. Le travail interprétatif effectué par la Commission avant 1998 demeure toutefois une importante source d'informations sur l'évolution de la jurisprudence européenne.

mais également, voire principalement, des interprétations corrélatives dégagées à Strasbourg. Parmi les méthodes d'interprétation du texte européen, le concept d'obligation positive constitue une innovation majeure permettant de réclamer des mesures positives de l'Etat « *qui ne saurait se borner à demeurer passif* »[21] pour protéger les droits inscrits dans la Convention. Cette construction jurisprudentielle est soit déduite d'une disposition particulière[22], dont le caractère imprécis favorise cette extension[23], soit fondée sur l'article premier de la CEDH selon lequel les Etats « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* »[24]. Or, cette œuvre interprétative européenne a permis d'étendre l'exigence de respect des garanties conventionnelles aux relations entre personnes privées. En effet, les Hautes Parties contractantes doivent désormais assurer un respect effectif des droits garantis dans les rapports interindividuels. Cette évolution jurisprudentielle, qui permet « *une extension de l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports interpersonnels* »[25] est communément qualifiée d' « effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme. La présente étude portera sur ce concept audacieux qu'il convient de délimiter (I). L'intérêt d'une étude de l'effet horizontal se justifie par les bouleversements qu'il implique et les inquiétudes traditionnellement suscitées par le droit européen en droit interne (II).

I/ L'OBJET DE L'ETUDE

5. L'effet horizontal permet d'étendre l'autorité et la diffusion de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce concept doit donc être défini et délimité (1), puis justifié (2).

---

[21] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande*, préc., § 25.

[22] Tel est le cas du respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH, Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, préc., § 31.

[23] F. Sudre, *GACEDH*, p. 20.

[24] Cour EDH, arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, req. 48553/99, § 96 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2004, p. 534, obs. J.-F. Flauss.

[25] H. Pauliat et V. Saint-James, « L'effet horizontal de la CEDH », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 77.

1/ La notion d’effet horizontal

6. L’effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l’inverse de l’effet vertical qui vise les rapports entretenus entres les particuliers et l’Etat. Ce dernier effet permet de protéger la sphère juridique des individus contre l’immixtion de la puissance publique. L’effet horizontal tend à préserver les droits reconnus contre les ingérences individuelles. Cette avancée remarquable dans la protection des droits de l’Homme peut emprunter deux voies, l'une européenne, l'autre interne. La première est réalisée par le vecteur des obligations étatiques et impose aux Etats de créer le cadre juridique adéquat à la réalisation des droits conventionnels. La seconde procède du juge national qui va puiser au cœur du droit européen l'inspiration nécessaire pour résoudre les litiges entre personnes privées, afin de mettre en application les obligations imposées à l'Etat.

7. Dès lors, une précision terminologique s'impose. La notion d'effet horizontal, inspirée de la doctrine allemande de la *drittwirkung* [26], traduite selon les auteurs par « effet réflexe », « effet relatif » ou « effet vis-à-vis des tiers » vise l'effet produit par une norme au sein des relations entre personnes privées, par opposition à l'effet vertical dont la vertu est « *de*

---

[26] Cette technique concerne seulement l'application des normes constitutionnelles de droit interne, leur « effet d'irradiation » dans l'interprétation des lois de droit privé ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1990, n° 601-608, spéc. n° 603 ; Du même auteur, « Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel », *RTDH* 1992, p. 215 ; A. Clapham, « The “Drittwirkung” of the Convention » *in* R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (edited by) *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, Luwer Academic Publisher, Martinus Nijhoff publishers, Netherland, London, p. 163 ; D. Spielman, *L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1995, p. 35 ; J. P. Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne, Editions Stæmpfli & Cie SA, 1983, p. 82 et s. ; A. Drzemczewski, « La Convention européenne des droits de l’Homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, p. 3 ; E. A. Alkema, « The third Party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights » , *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l’Homme, la dimension européenne, Etudes en l’honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 37 ; G. Malinverni, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l’Homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel / Frankfurt, an Main, 1989, p. 539 ; D. capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001.
Cependant, le recours à cette notion est controversé puisque selon F. Rigaux il s'agit de « *la tentation de rendre compte par une construction inutile (la Drittwirkung) de la référence que le juge ordinaire ne saurait manquer de faire aux normes constitutionnelles ayant une influence sur la mission d'interprétation et d'application du droit civil qui lui est propre* », *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, n° 608 . En ce sens, « *Drittwirkung has a king of sex appeal suggesting something exotic and foreign (at least for non-German speakers)* », A. Clapham, *op. cit.*, p. 163.

protéger le citoyen contre toute immixtion des autorités étatiques dans l'exercice du droit garanti »[27]. Or, l'emploi de l'expression « effet horizontal », par commodité, est inapproprié à la réalité de l'application de la Convention aux rapports interindividuels tant par la Cour de Strasbourg[28], que par les juridictions nationales. Devant la Cour européenne, le contentieux confronte nécessairement un Etat à un ressortissant[29], l'examen des litiges privés étant exclu de la compétence des organes conventionnels[30]. Cette solution est invariable, alors même que la requête aurait pour origine une contestation entre deux personnes privées. En pareille occurrence, le recours sera dirigé contre l'Etat, auquel sera imputé, non pas le fait de ses ressortissants, mais sa propre défaillance révélée par l'acte individuel[31]. Par conséquent, l'emploi de la notion « effet horizontal » est inadéquat devant les organes du Conseil de l'Europe, dont les interventions ont un effet vertical. Le constat de violation est en effet adressé à l'Etat qui, par son comportement, a permis une immixtion dans l'exercice du droit garanti[32]. S'agissant de la résolution du conflit par le juge national, l'introduction des dispositions européennes ne résultera pas de leur prétendu effet horizontal en droit interne, mais avant tout de l'application directe du texte européen aux litiges entre personnes privées au regard des obligations imposées par la Convention, et plus généralement de l'application directe d'une norme internationale dans l'ordre interne des Etats contractants[33]. C'est pourquoi il est possible d'évoquer une applicabilité dite horizontale[34].

8. En ce sens, une distinction a été effectuée entre l'effet horizontal indirect et l'effet horizontal direct. Le premier résulte d'une intervention de l'instance européenne dont la jurisprudence permet d'appréhender les situations litigieuses privées, au moyen des

---

[27] F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, n° 601.

[28] Ladite Cour n'emploie d'ailleurs pas l'expression « effet horizontal ».

[29] Voire à une autre Haute Partie contractante, s'agissant des affaires interétatiques ; article 33 CEDH.

[30] Article 34 CEDH.

[31] L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, t. 189, 1984-VI, pp. 9-222, spéc. p. 153.

[32] V. Première partie, Titre I, Chapitre I, *infra*.

[33] F. Rigaux, *op. cit.*, n° 610.

[34] O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 302.

obligations que les organes strasbourgeois mettent à la charge des Etats en vue de sauvegarder les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles ; l'effet horizontal est alors indirect puisque la solution rendue ne s'adresse pas aux personnes privées et ne résout pas leur désaccord, mais est destinée à l'Etat, qui acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire[35]. Le second effet est dit horizontal direct ; il est mis en œuvre par les juridictions internes et permet certes de résoudre les différends privés, qualifiés d'horizontaux, mais cette application n'est possible que lorsque la Convention bénéficie d'un effet direct dans leur ordre juridique[36].

9. L'effet horizontal, direct ou indirect, de la CEDH désigne par conséquent l'application des dispositions européennes aux relations privées, encore dénommées « interpersonnelles » ou « interindividuelles ». Toutes les dispositions conventionnelles n'ont pas fait l'objet d'une telle diffusion. Actuellement, l'effet horizontal a été reconnu aux articles 2 (droit à la vie)[37], 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants)[38], 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé)[39], 5 § 1, première phrase (droit à la liberté et à la sûreté)[40], 6 (droit à un procès équitable)[41], 8 (droit au respect de la vie

---

[35] En ce sens, le § 29 du rapport explicatif joint au Protocole n° 12, portant interdiction générale de la discrimination, évoque les « effets horizontaux indirects » ; Ce texte est disponible sur le site du Conseil de l'Europe : http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/177.htm.

[36] D. Spielmann, *op. cit.*, p. 18 et s., et p. 30 ; P. de Fontbressin, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'avenir du droit des obligations », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 157, spéc. p. 162. Lorsque la Convention n'est pas directement applicable dans un système juridique, un effet entre personnes privées est néanmoins possible par le biais des obligations positives.

[37] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI.* 1999, p. 269, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

[38] Cour EDH, *arrêt A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, req. n° 25599/94, § 22 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

[39] La diffusion horizontale de l'article 4 est récente puisqu'elle a été établie le 26 juillet 2005 par l'arrêt *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01. En l'espèce, la Cour a considéré que la requérante, mineure et en situation irrégulière à l'époque des faits, avait été tenue en état de servitude par le couple l'ayant accueillie et n'avait pas été protégée de manière concrète et effective par le droit pénal français ; *JCP* 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.* 2006, Jur. p. 346, note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss.

[40] Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00 ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

privée et familiale)[42], 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion)[43], 10 (liberté d'expression)[44], 11 (liberté de réunion et d'association)[45], 14 (interdiction de la discrimination)[46] de la Convention et pour l'article 1 du Protocole additionnel (droit au respect des biens)[47]. D'autres dispositions, à l'inverse, n'ont fait l'objet d'aucune diffusion horizontale, mais cette extension demeure possible. Il en est ainsi de l'article 12 (droit au mariage), de l'article 17 (interdiction de l'abus de droit), de l'article 2 du Protocole additionnel (droit à l'instruction), de l'article 2 du Protocole n° 4 (liberté de circulation)[48], de l'article 5 du Protocole n° 7 (égalité entre époux). Enfin, certains droits protégés paraissent définitivement exclus du bénéfice d'une extension horizontale. Il s'agit notamment de la

---

[41] Cour EDH, arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004 req. n° 78028 et 78030/01 ; *D.* 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre.

[42] Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A, n° 91 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[43] L'effet horizontal de l'article 9 n'a jamais été formulé de façon explicite, même s'il est incontestable que cette disposition peut être appliquée dans les relations privées. La Cour a ainsi reconnu que, lorsque plusieurs religions coexistent dans la population, « *il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et d'assurer le respect des convictions de chacun* », Cour EDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A, n° 260-A, § 33 ; *RTDH* 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 53, comm. M. Levinet. La Cour a également estimé que l'article 9 ne doit pas permettre à une personne de faire prévaloir et imposer à autrui ses convictions religieuses, Cour EDH, déc. *Pichon et Sajou c. France* du 2 octobre 2001, req. n° 49853/99 ; *JCP* E 2002, p.1149, obs. J. Raynaud.

[44] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. 39293/98, § 38 ; *D.* 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[45] Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139 ; *JDI.* 1989, p. 824, chron. P. Tavernier.

[46] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[47] Cour EDH, arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, req. n° 48553/99, § 96 ; préc.

[48] La libre circulation et le libre choix de la résidence peuvent en effet être entravés par des personnes privées et notamment par des employeurs ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Préf. L. Leveneur, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, n° 61.

privation de liberté par les autorités publiques[49], de l'interdiction de la rétroactivité de la loi pénale[50], de l'interdiction de l'emprisonnement pour dette[51], du droit à des élections libres[52], de l'interdiction de l'expulsion des nationaux[53], de l'abolition de la peine de mort[54] ou des mesures relatives à l'expulsion des étrangers[55].

10. Il est toutefois difficile de qualifier un litige d'horizontal lorsqu'il est examiné par la Cour européenne. La médiation étatique étant inéluctable, la solution européenne sera toujours enfermée dans l'alternative d'une responsabilité ou d'une non-responsabilité de l'Etat mis en cause. C'est donc le comportement étatique qui est contrôlé et non celui de l'auteur de la violation. Aussi, la délimitation de l'effet horizontal est parfois délicate.

11. L'effet horizontal de la Convention est manifeste lorsque la Cour impose aux Etats de protéger le droit à la vie[56] ou le droit à l'intégrité physique[57] contre les atteintes provenant de personnes privées. De même, lorsqu'il s'agit de vérifier si une mère n'a pas abusé de son autorité parentale en demandant l'internement psychiatrique de son enfant[58], ou si la liberté d'expression d'un salarié a été préservée alors que l'exercice de cette liberté a entraîné son

---

[49] Cette précision a été apportée par l'arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00, § 102 et § 110 ; préc.

[50] Article 7 CEDH.

[51] Article 1 du Protocole n° 4.

[52] Article 3 du Protocole additionnel.

[53] Article 3 du Protocole n° 4.

[54] Protocole n° 6.

[55] Article 4 du Protocole n° 4, article 1 du Protocole n° 7. Pour un liste différente des droits exclus du champ d'application horizontale, V. D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des Droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 37-38.

[56] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, préc.

[57] Cour EDH, arrêt *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, req. n° 24573/94, § 40 ; *RUDH* 1997, p. 347, note N. Chauvin ; JCP 1998, I, 107, n° 9, obs. F. Sudre ; Cour EDH, *arrêt A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, préc.

[58] Cour EDH, arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, série A n° 44 ; Com. EDH, rapport du 12 mars 1987 ; la requête de l'enfant était fondée sur le droit à la liberté et à la sûreté. Pour un exemple récent d'internement d'une personne à la demande d'un membre de sa famille, V. Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00, préc.

licenciement[59]. L'effet horizontal est encore tangible quand la Cour est saisie d'un conflit mettant en jeu le droit de manifester et celui de contre-manifester[60] ou d'une requête alléguant une violation du droit de propriété par les dirigeants d'une société[61]. Il en est également ainsi lorsque la Cour examine la légitimité d'une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale d'un individu, par une entreprise privée[62], ou contrôle l'interprétation d'une clause testamentaire[63]. Ces exemples sont représentatifs de l'effet horizontal. L'Etat mis en cause verra, s'il y a lieu, sa responsabilité engagée pour ne pas avoir garanti les droits protégés. Néanmoins, dans d'autres affaires, l'effet horizontal peut se confondre avec l'effet vertical.

12. L'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*[64] est présenté comme le premier à avoir explicitement reconnu l'effet horizontal de la CEDH. L'affaire concernait l'impossibilité d'engager des poursuites pénales contre l'auteur d'une agression sexuelle, la législation nationale limitant les conditions d'action. La Cour a énoncé que l'Etat doit adopter « *des mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* »[65], formule depuis lors classique. En l'espèce, la violation du droit au respect de la vie privée était d'origine privée mais l'Etat n'avait pas adopté une législation criminelle permettant de poursuivre l'auteur des violences. La Cour considère en conséquence qu'il aurait dû remédier à la situation. La dimension horizontale de cette décision, unanimement reconnue, suscite quelques interrogations au regard de la jurisprudence européenne. Ainsi, certains arrêts dont les faits sont similaires à ceux de l'affaire précitée ne comportent pas la même assertion

---

[59] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, préc.

[60] Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, préc.

[61] Cour EDH, arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, § 96, préc.

[62] En matière de protection contre les nuisances provoquées par une station d'épuration, Cour EDH, arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-C ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, p. 798, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3, comm. F. Sudre.

[63] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; préc.

[64] Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A, n° 91 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[65] § 23.

relative à l’effet interindividuel de la Convention. Quelques exemples européens suffiront alors à témoigner de la difficulté à délimiter l’effet horizontal.

13. Les arrêts *C.R. et S.W.* rendus contre le Royaume-Uni le 22 novembre 1995[66], peuvent être assimilés à l’affaire *X et Y*. En l’espèce, les requérants estimaient que leur condamnation pour tentative de viol sur leurs épouses constituait une peine contraire à l’article 7 de la CEDH[67]. En effet, lors des faits, la législation britannique ne condamnait que « les rapports *illégitimes* avec une femme non consentante au moment desdits rapports ». Or les requérants n’ont pu exciper de cette immunité conjugale. La Cour a estimé, à l’unanimité, que « *l’abandon de l’idée inacceptable qu’un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l’essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine* »[68]. Ces décisions ont des implications sur les rapports interindividuels, puisqu’il devient évident que le viol entre époux doit être sanctionné. Cependant, la Cour n’a, à aucun moment, évoqué la diffusion horizontale de la Convention. Les faits étaient pourtant proches de l’arrêt *X et Y*, puisque dans chaque affaire était contestée l’appréciation pénale des violences sexuelles. La seule différence tient au fait que dans la première l’Etat n’avait pas remédié à la violation, dans les secondes il était intervenu. La distinction entre les deux litiges est néanmoins ténue.

14. De même, lorsqu’un individu se plaint des négligences de son avocat commis d’office[69], le contentieux doit-il être qualifié d’horizontal ou de vertical ? *A priori*, la première

---

[66] Respectivement, série A n° 335-C et 335-B ; *AJDA* 1996, p. 445, note J.-P. Costa ; *JDI* 1996, p. 267, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1996, p. 459, obs. S. Van Drooghenbroek ; *RTD civ.* 1996, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 36, comm. F. Sudre.

[67] Selon l’article 7, paragraphe premier, « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d’après le droit national ou international. De même il n’est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l’infraction a été commise* ».

[68] § 42.

[69] Cour EDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37 ; *AFDI* 1981, p. 288, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1982, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI.* 1982, p. 202, obs. P. Rolland ; arrêt *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, série A n° 168 ; *RTDH* 1991, p. 217, obs. J. Callewaert ; arrêt *Daud c. Portugal* du 21 avril 1998, req. n° 22600/93 ; *JCP* 1999, I, 105, obs. F. Sudre ; arrêt *Czekalla c. Portugal* du 10 octobre 2002, req. n° 38830/97, *JCP* 2003, I, 109, n° 14, obs. F. Sudre ; arrêt *Sannino c. Italie* du 27 avril 2006, req. n° 30961/03.

solution devrait primer puisqu'une personne privée est bien à l'origine du litige. D'ailleurs, les Etats confrontés à de telles affaires arguent du fait que « *la conduite de la défense est de la responsabilité exclusive du défendeur, celui-ci ne dépendant dans l'exercice de son activité que des règles spécifiques à la profession d'avocat, sur lesquels l'Etat n'a aucun pouvoir de contrôle* »[70]. La Cour reconnaît également qu'on ne saurait imputer à un Etat la responsabilité de toute défaillance d'un avocat commis d'office, la conduite de la défense appartenant pour l'essentiel à l'accusé et à son avocat[71]. Cependant, elle considère « *qu'il incombe aux autorités compétentes, tout en respectant l'indépendance du barreau, d'agir de manière à assurer une jouissance effective* »[72] des droits de la défense du requérant. L'Etat a une « *obligation positive* »[73] d'agir en ce sens, obligation qui fonde traditionnellement l'effet horizontal. Pourtant, la Cour n'évoque pas le devoir étatique de faire respecter les droits conventionnels « *jusque dans les relations des individus entre eux* »[74]. Malgré l'approche retenue par la Cour, il est possible de considérer que ces décisions contiennent un effet horizontal implicite.

15. Les contentieux relatifs à l'autorité parentale sont également étudiés sous le seul angle des relations verticales alors que leurs effets peuvent être qualifiés d'interpersonnels. L'arrêt *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne* rendu le 29 avril 2003[75] en témoigne. La requérante se plaignait du manque de diligence des autorités judiciaires dans le traitement de sa plainte présentée pour soustraction d'enfant. Une nouvelle fois la violation initiale provient d'une personne privée, en l'occurrence le père de l'enfant, et la requérante sollicitait des mesures pour empêcher son ex-conjoint de conserver l'enfant à ses côtés. La Cour aurait pu énoncer que l'Etat a l'obligation positive de faire respecter le droit à la vie privée et familiale dans les relations privées. Or, elle ne l'a pas fait et s'est contentée d'affirmer que « *l'article 8 implique*

[70] Arrêt *Czekalla c. Portugal*, préc., § 56.

[71] Arrêt *Kamasinski c. Autriche*, préc., § 65 ; « *De l'indépendance du barreau par rapport à l'Etat, il découle que la conduite de la défense appartient pour l'essentiel à l'accusé et à son avocat, commis au titre de l'aide judiciaire ou rétribué par son client* », arrêt *Sannino c. Italie*, préc., § 49.

[72] Arrêt *Czekalla c. Portugal*, préc., § 65.

[73] *Ibidem*, § 71.

[74] Selon la formulation retenue dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, préc., § 23.

[75] Req. n° 56673/00, *Europe* 2003, n° 302, note N. Deffains.

le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre »[76].

16. Ni les solutions rendues dans ces différentes affaires, ni les raisonnements adoptés ne sont contestables. Il importe peu également pour la protection des droits de l'Homme que la Cour relève, ou non, le caractère horizontal du litige, mais ces exemples attestent de la difficile distinction entre effet horizontal et effet vertical dès lors qu'à la violation initiale s'ajoute l'examen de l'attitude adoptée par l'Etat. C'est peut-être pourquoi, la Cour a déclaré qu'il « *n'est pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées* »[77]. L'effet interindividuel de la Convention est patent lorsque la Cour elle-même évoque les implications conventionnelles « dans les relations entre particuliers ». Les arrêts contenant une telle mention seront nécessairement intégrés dans la présente étude. Les autres seront pris en considération pour l'orientation de leur solution et non pour le raisonnement adopté, puisqu'aucune évocation de l'effet horizontal n'y est contenue.

17. L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme constitue une interprétation audacieuse des droits garantis, qui ne fut pas envisagée par les rédacteurs. En conséquence, une justification doit être trouvée à cette expansion considérable des dispositions conventionnelles.

2/ La justification de l'effet horizontal

18. Grâce à ce prolongement jurisprudentiel fondamental il est désormais acquis que l'individu peut bénéficier d'une protection non plus seulement contre les autorités publiques

---

[76] § 49. Il convient de relever qu'un récent arrêt relatif à l'exercice du droit de visite contient la formulation de principe établie lors de l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas* (26 mars 1985, série A n° 91, § 23) et selon laquelle les obligations positives « *peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie familiale jusque dans les relations des individus entre eux* » ; Cour EDH, arrêt *Reigado Ramos c. Portugal* du 22 novembre 2005, req. n° 73229/01, § 46. Cependant, un arrêt du 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse,* req. n° 7548/04, reprend la formulation contenue dans l'arrêt *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne,* préc. (§ 26).

[77] Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 46 ; préc.

mais également contre les autres particuliers. Toutefois, cette interprétation novatrice a fait l'objet de critiques[78]. Aussi, il convient de rechercher la légitimité conventionnelle de l'effet horizontal. Plusieurs dispositions ont été invoquées par la doctrine à l'appui de cette extension.

19. Tout d'abord, certains articles du texte européen, dans leur second paragraphe, prévoient expressément une faculté pour l'Etat d'apporter aux droits proclamés des restrictions dans l'intérêt des droits et libertés d'autrui. Le droit au respect de la vie privée et familiale[79], la liberté de manifester sa religion ou ses convictions[80], la liberté d'expression[81], la liberté de réunion et d'association[82], la liberté de circulation[83] peuvent faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont nécessaires « *à la protection des droits et libertés d'autrui* ». De même, le principe d'égalité entre époux, n'empêche pas l'Etat de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants[84]. Ainsi, les rédacteurs ont manifestement envisagé que l'exercice des prérogatives reconnues ne se limite pas aux relations entre les Etats et leurs ressortissants mais qu'il est susceptible d'avoir des incidences sur les autres particuliers. Les autorités publiques peuvent donc être amenées à intervenir dans les relations interindividuelles, c'est à dire horizontales, pour garantir les droits protégés.

---

[78] Pour une présentation des critiques de la dimension horizontale de la Convention, alors même que cette interprétation n'était pas encore effectuée par la Cour européenne des droits de l'Homme, V. U. Scheuner, « Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que judiciaires », *in Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Actes du 2ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme, Vienne, 10-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 347, spéc. p. 374 ; M.-A. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in René Cassin Amicorum discipulorumque liber, tome III, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 151.

[79] Article 8 CEDH.

[80] Article 9 CEDH.

[81] Article 10 CEDH.

[82] Article 11 CEDH.

[83] Article 2 § 3 du protocole n° 4.

[84] Article 5 du protocole n° 7.

20. Ensuite, l'article 17 indique qu' « *aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à la dite Convention* ». En interdisant l'abus de droit, le texte européen vise directement les violations qui peuvent être commises par les personnes privées, individuellement ou collectivement. En outre, l'article 2 selon lequel « *le droit à la vie est protégé par la loi* » consacrerait une garantie horizontale. L'absence de précision sur la provenance de l'atteinte doit être interprétée en faveur d'une protection quelle que soit la qualité de la personne dont émane une ingérence[85]. Ces dispositions constituent les fondements conventionnels les plus pertinents en faveur de la thèse de l'effet horizontal. D'autres arguments textuels ont été avancés. Ainsi, l'article 13 prévoyant un droit de recours contre toute violation subie alors même que celle-ci aurait été commise « *par des personnes agissant dans l'exercice de leur fonctions officielles* » suggère qu'un accès aux tribunaux est dû, *a fortiori*, lorsque l'auteur agit en dehors de tout mandat public, c'est à dire en toute situation. Néanmoins, si aujourd'hui la doctrine interprète la garantie prévue en ce sens[86], il ne semble pas que les rédacteurs aient eu en vue un quelconque effet horizontal de la Convention[87].

---

[85] C. Zanghi, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées (Italie) », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 269 ; E.A. Alkema, « The third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights », *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'Homme, la dimension européenne, Etudes en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 37.

[86] J.-F. Flauss, « Le droit à un recours effectif, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RUDH* 1991, p. 324 ; P. Mertens, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'Homme*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles 1973 ; J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant ; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, 1964 ; J. Velu, « Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la CEDH », *in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Colloque Bruxelles 24 et 25 avril 1975*, éd. larcier, 1978 ; H. Rolin, « Conclusions », *in La protection internationale des droits de l'Homme dans le cadre européen*, Travaux du colloque organisé par la Faculté de droit de Strasbourg en liaison avec le Conseil de l'Europe, 14-15 novembre 1960, Dalloz, 1961, p. 405, spéc. p. 409.

[87] Il apparaît en effet que cette précision avait pour objectif d'éluder toute invocation d'immunité par les Etats dont l'organe, auteur de l'atteinte, relevait ; A. Drzemczwski et Ch. Giakoumopoulos, « Article 13 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, op. cit.,* p. 461. Les auteurs précisent cependant que l'article 13 s'applique désormais quelle que soit la qualité de l'auteur de l'atteinte.

21. Face aux arguments de texte employés pour donner une base légale à l'effet horizontal, certains auteurs ont tenté de dégager, parfois à partir d'articles identiques, un fondement à une thèse opposée. En effet, beaucoup de dispositions évoquent uniquement les Hautes Parties contractantes comme débitrices des droits et libertés protégés[88]. Mais ces articles concernent la procédure devant la juridiction européenne et non les droits garantis. De même, si seule la responsabilité de l'Etat peut être engagée[89], rien n'empêche, conformément aux principes généraux de droit international public, de déférer un pays signataire à la justice européenne à la suite d'une violation commise par un particulier : il est effectivement possible de lui imputer une action individuelle survenue en raison des défaillances de la législation interne ou de l'inertie de ses représentants[90]. La technique des obligations positives ou encore l'article premier de la Convention permettent ainsi de sanctionner tout comportement étatique ayant provoqué ou toléré l'immixtion d'un particulier dans les droits d'autrui.

22. La recherche d'une légitimité conventionnelle à l'effet horizontal ne semble cependant pas essentielle et l'argument principal est issu d'un constat logique. La protection traditionnelle des droits de l'Homme contre les seules actions de la puissance publique ne correspond plus aux exigences de notre époque. L'émergence de nouveaux pouvoirs, qu'ils soient économiques, médiatiques, syndicaux, sportifs ou religieux[91], nécessite de protéger les plus vulnérables et de pallier les inégalités[92]. De même, l'Etat peut être tenté de s'abriter

---

[88] Il en est ainsi notamment de l'article 1 et de toutes les dispositions relatives au contrôle juridictionnel des engagements étatiques, contenues dans le Titre II de la Convention.

[89] Un particulier ne peut en effet pas être déféré devant la juridiction européenne.

[90] Sur la responsabilité de l'Etat du fait d'un particulier, V. *infra*.

[91] M.-A. Eissen, « La Convention et les devoirs de l'individu », *in La protection internationale des droits de l'Homme dans le cadre européen,* Travaux du colloque organisé par la Faculté de droit de Strasbourg en liaison avec le Conseil de l'Europe, 14-15 novembre 1960, Dalloz, 1961, p. 167 ; M.-A. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 151, spéc. p. 152 ; A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere,* Oxford, *Clarendon Press*, 1992, pp. 137-138.

[92] J. Rivero, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III, Protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées,* Paris, Pedone, 1971, p. 311, spéc. p. 322 ; de même, s'agissant des relations de travail, G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au Ministre du travail de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, 1992.

derrière une structure privée afin de contourner ses propres engagements[93]. Dès lors, « *si l'on voit dans la Convention une réalité vivante appelée à se développer sans cesse, si l'on préfère aux délices stériles de l'exégèse la recherche de solutions à la fois respectueuses du droit et conformes au bien commun, pourquoi écarter une possibilité de progrès, pourquoi repousser une idée féconde et généreuse ?* »[94].

23. Pourtant, si généreuse ou féconde soit-elle, cette idée suscite des bouleversements dans l'ordre juridique national. Les inquiétudes doctrinales face à l'influence croissante de la CEDH risquent d'évoluer en conséquence. Aussi, les critiques émises par certains auteurs français accentuent l'intérêt d'une étude de l'effet horizontal de la Convention et des conséquences de sa diffusion en droit privé.

II/ INTERET DE L'ETUDE

24. Pandore était parée de tous les charmes. La ruse, la fourberie, la parole séduisante et l'art de tromper lui avait également été offerts. Pis, Pandore, pressée et perfide, ouvrit la jarre contenant tous les maux. Et ceux-ci se répandirent sur la terre… Et si la Cour européenne, dépositaire d'un redoutable texte relatif aux droits de l'Homme, était affublée des mêmes dons, d'une égale malignité et hantée par un désir d'indiscrétion irrépressible ? On imagine déjà les dispositions de la Convention et toute la jurisprudence corrélative se répandre sur le territoire des Etats membres et s'immiscer dans les relations de droit privé. La troisième catastrophe du siècle se réaliserait[95]. Heureusement, il n'en est rien. Ou bien la boîte a réellement été ouverte et le contenu n'est pas si pernicieux. S'agissait-il réellement d'une jarre

---

[93] « *L'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers* », Cour EDH, arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, série A, n° 247- C, § 27 ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, p. 775, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, chron. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière. En ce sens, par exemple, aux Etats-Unis, une entreprise privée est chargée d'acheter des fichiers contenant des données personnelles et confidentielles afin de les revendre à l'administration « *car la loi américaine interdit de stocker des informations personnelles. Mais pas de commander à une société privée de le faire pour le gouvernement* », I. Ramonet, « Surveillance totale », *Le Monde diplomatique*, août 2003.

[94] M.-A. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *op. cit.*, p. 162.

[95] « *Mon troisième tremblement de terre (…) s'appelle* Europe*. C'est un drame, bien qu'il ne soit pas sanglant* » : J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », *in* : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 5, spéc. p. 10.

de Pandore ? Selon d'éminents juristes français, la réponse paraît affirmative tant leur virulence à l'égard du droit européen est perceptible. Pourtant, avant de se prononcer, peut-être est-il préférable d'écarter tout manichéisme et de mieux connaître cette invasion afin de mieux l'apprécier, voire de mieux la dompter lorsqu'elle se fait dangereuse, et de mieux l'attirer lorsqu'elle se fait séduisante. L'étude de l'effet horizontal en droit interne devrait y contribuer et là peut résider son intérêt. La réception de la Convention européenne des droits de l'Homme et son application à l'ensemble des relations juridiques constitue effectivement un bouleversement. Les règles de fond et de procédure, le rôle des acteurs du droit privé sont soumis à cette évolution. Subséquemment, les sursauts de souverainisme d'une partie de la doctrine française à l'encontre du droit européen des droits de l'Homme sont remarquables par l'intensité de l'acrimonie révélée[96]. Une contestation majeure paraît rejaillir de la doctrine opposée à toute immixtion dans le droit national, elle concerne directement le « patrimoine juridique » français. Les écrits de certains auteurs laissent accroire que notre droit est en danger. La menace d'asphyxie juridique guetterait (1) tandis que le péril des valeurs nationales serait imminent (2).

1/ La crainte d'une prolifération des normes

25. Le reproche le plus fréquent, *a priori* le plus pertinent, serait la contribution de la Cour européenne à la prolifération des normes juridiques[97], pullulement d'autant plus inutile qu'il s'agit d'une source surabondante. Certes, les normes européennes sont des sources juridiques supplémentaires. Mais, en fait de sources surabondantes ne sont-elles pas plutôt des sources de références ? Elles n'enseignent que des orientations plus ou moins délimitées, selon qu'il existe ou non une obligation positive, pour la production, la lecture et l'interprétation du droit par le législateur ou le juge français. Sans vouloir participer au débat doctrinal sur la

---

[96] A. Ollero-Tassara, professeur de philosophie et de théorie du droit à l'université de Grenade, a constaté que les « *droits de l'Homme se rapprochent du droit international privé, en ce sens que tous les deux remplissent une fonction provocatrice, à l'égard d'une théorie juridique fondée sur un réductionnisme géographique, culturel et asphyxiant* », *Droit « positif » et droits de l'Homme*, Bibliothèque de philosophie comparée, Ed. Bière, Espagne, 1997, p. 82.

[97] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Forum, 1996, p. 36 ; G. Cornu, *Droit civil Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd., Montchrétien, coll. Domat, Paris, 2005, n° 263 p. 121.

notion de « principe » en droit[98], il est néanmoins possible de considérer que les droits et libertés issus de la Convention et de la jurisprudence européennes constituent des principes en tant qu'ils priment les autres normes[99], en tant qu'ils déterminent des règles auxquelles peuvent correspondre des exceptions, en tant qu'ils dirigent un raisonnement, celui du juge principalement, et enfin en tant qu'ils constituent un objectif à atteindre[100]. Il s'agit d'un droit modèle.

26. D'un point de vue pratique, nous constaterons qu'il n'y a, en premier lieu, aucune prolifération de normes si le droit interne est conforme au droit européen, le recours à celui-là étant suffisant pour régler le litige à l'aune des prescriptions conventionnelles auxquelles correspond alors le droit positif interne. En second lieu, lorsque les règles françaises divergent du droit européen, une réforme législative ou un ajustement de la jurisprudence permettra un alignement des normes nationales sur les normes supranationales, renvoyant ainsi à la première situation. Une occurrence intermédiaire permet la conservation d'un droit national spécifique globalement conforme aux exigences de la Convention, sous réserve d'un objectif légitime[101]. Ainsi, il apparaît que les normes européennes, loin de constituer des sources

---

[98] F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, 2ème éd. LGDJ, 1954, n° 15 et n° 23 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 132 ; D. de Bechillon, *La notion de principe général en droit privé*, Préf. B. Saintourens, PUAM, coll. du Laboratoire de théorie juridique, 1998 ; Sur la distinction entre principe de droit privé et droits de l'Homme : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Préf. J.-L. Sourioux, Ed. Panthéon-Assas, 1999, n° 59 et s. Selon l'auteur, le principe n'est jamais un droit subjectif, n° 57.

[99] « Il s'agit toujours d'une règle de droit qui vient en tête, qui est placée au sommet, qui est plus importante que d'autres » ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 26ème éd., PUF coll. Thémis, 1999, n° 138.

[100] La notion de principe se retrouve également en droit constitutionnel ; J. Rivero, « Les "principes fondamentaux" reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle », *D.* 1972, chron. 265 ; B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995, chron. 211 : selon l'auteur « *au droit international, il appartient de poser des principes, standard minimum d'une société respectueuse des droits de l'Homme, et de définir des principes qui ne peuvent être traités qu'au niveau international (comme la protection du génome humain ou du patrimoine commun de l'humanité)* », p. 212.

[101] Et ce, au titre de la marge nationale d'appréciation qui repose sur le principe de subsidiarité du système conventionnel et sur la reconnaissance d'un pluralisme respectueux de la souveraineté des Etats. L'usage de ce concept par la Cour européenne fait l'objet de nombreux débats ; W.J. Ganshof Van der Meersch, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 201 ; A.-D. Olinga et C. Picheral, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 567 ; E. Kastanas, *Unité et diversité : notions*

surabondantes, se substituent immédiatement, par leur application dans un litige ou, médiatement, par le biais d'une réforme, aux règles juridiques internes. L'applicabilité de la Convention n'est envisageable que lorsque la solution du litige extraite du droit interne est inconventionnelle et que, législateurs et juges s'opposent à une prise en considération du texte supranational. Dans ce seul contexte, elle apporte des normes non plus complémentaires mais supplémentaires car antinomiques.

2/ L'appréhension d'une altération de la qualité du droit français

27. Les réticences de la doctrine ne se limitent pas au foisonnement des normes. Une exception juridique française, à l'image de l'exception culturelle, est également revendiquée afin de ne pas altérer la valeur du droit interne, qui, on le sait, relève du génie[102]. Celui-ci risque en effet d'être ravagé par ces règles apatrides, dont la traduction en droits subjectifs exacerbés menace de dégénérescence le système juridique français[103].

28. La phobie du droit conventionnel européen est d'autant plus intense qu'il s'agirait de l'immixtion d'un corps étranger, d'un « *droit venu d'ailleurs (…) de nulle part* » sans « *histoire ni territoire* »[104]. Est-il nécessaire de rappeler que l'Europe « *n'est pas née avec le Conseil de l'Europe ou les communautés économiques européennes* »[105] ? Droit venu

---

autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du colloque organisé par l'IDEDH à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 63 ; F. Tulkens et L. Donnay, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, p. 3.

[102] Le droit européen qui « *prospère au mépris du génie du droit français, de celui du droit civil en particulier* » : G. Cornu, *Droit civil Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n° 263, p. 121. Du même auteur, à propos du droit communautaire et de l'élaboration d'un code civil européen, V. « Un code civil n'est pas un instrument communautaire » *D.* 2002, chron. 351.

[103] *Ibidem.*

[104] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc., p. 48.

[105] C'est pourquoi « *il est possible, dès à présent, de donner un contenu "européen" à des notions comme la tradition pénale ou l'Etat-société démocratique* » ; M. Delmas-Marty, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1988, chron. XXXV, p. 221-224, spéc. p. 223 ; J. Carpentier et F. Lebrun (dir.), *Histoire de l'Europe*, Ed. du Seuil, coll. Histoire, 1990.

d'ailleurs, mais droit des sociétés occidentales, européennes[106] réunies par le principe de société démocratique[107]. Cependant, a peut-être été discernée derrière la présentation discursive des décisions de la Cour européenne, si opposée au caractère elliptique des arrêts français, une tradition anglo-saxonne et par-delà une invasion par le droit des pays de la *Common law*, dont l'aversion en France est bien connue. L'inquiétude ainsi suscitée est d'ailleurs plus ou moins maquillée[108]. Pourtant, « *la conception que l'on entretient de la justice, produit d'une civilisation commune aux peuples d'Occident, est enfin, ici et là, très largement la même* »[109] dans des pays fondés sur de mêmes principes de civilisation et ayant atteint des niveaux comparables d'industrialisation et de vie, où « *une foncière unité règne dans le droit* »[110]. La Convention reflète ainsi un compromis entre les deux traditions juridiques principales en Europe de l'Ouest, la *common law* et la tradition dite « continentale »[111]. Par ailleurs, le rapprochement des règles de droit induit par le système

---

[106] B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 ; l'auteur note, à propos de l'Europe communautaire, l'absence de référence, autre que purement formelle « *aux si riches valeurs spirituelles, intellectuelles ou juridiques de la civilisation européenne, qui constituent pourtant toujours le ciment de la société européenne* ».

[107] Même s'il faut concéder que l'organisation du Conseil de l'Europe s'est développée de « club des démocraties » en « école de démocratie » : H. Klebes, « Le Conseil de l'Europe survivra-t-il à son élargissement ? », *in Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 175, spéc. p. 200.

[108] A propos de la Cour EDH dont les lectures du vocabulaire commun sont parfois « *libérales, libertaires en fait de mœurs, où l'on croit deviner que l'a emportée l'influence des pays du Nord* » ou dont le corps de droit qu'elle développe « *se forme jurisprudentiellement, empiriquement, au hasard des espèces, ce qui n'est pas sans évoquer la formation de la Common law en Angleterre* » : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc., p. 54.

[109] R. David, « Le droit continental, la *common law* et les perspectives d'un *jus commune* européen », *in* M. Cappelletti (Dir.) *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff - Klett-Cotta - Bruylant - Le Monnier, 1978, p. 113, spéc. p. 124.

[110] *Ibidem*, p. 134.

[111] J.-P. Costa, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p. 101, spéc. p. 102 : les principales influences sur la rédaction de la Convention ont été celles exercées par le Royaume-Uni et la France. M. le Premier Président G. Canivet, relève également que « *chronologiquement au moins, l'influence s'est exercée, de manière ascendante, des juridictions nationales vers les juridictions internationales avant que ne s'impose comme plus puissante et naturelle la tendance inverse* » : « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la "bénévolance" des juges », *RSC* 2005, p. 799.

conventionnel doit permettre de maintenir les diversités en Europe[112], dans le respect des droits proclamés. L'objectif n'est pas l'uniformisation, mais l'atteinte d'un standard minimum de protection des droits de l'Homme[113].

29. Autre travers : la protection des droits de l'Homme aboutit à une exaltation de l'individualisme. Les droits de l'Homme, « *l'hérésie majeure du XXème siècle, fondée sur cette absurdité, la déification de l'homme (…), épanouie dans (cette) monstruosité, la liberté indéfinie (…), alors qu'il faut reconnaître un Dieu et un ordre et une nature cosmique où chacun trouve sa liberté réduite, mesurable, déterminable* »[114]. Le droit conventionnel européen participe à ces « *cristallisations de droits individuels* »[115] au « *mépris du droit porteur de l'équilibre des institutions* »[116]. Les droits subjectifs ont en effet pris leur essor avec le phénomène des droits de l'Homme auquel se sont ajoutés l'économie libérale et les progrès économiques et techniques[117] ou encore l'engouement pour la psychologie aux dépens de la sociologie[118]. Le droit subjectif, « *prérogative individuelle, reconnue à toute personne*

---

[112] M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron. 951 ; G. Cohen-Jonathan, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », *in Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 385, spéc. p. 391 et s. ; Le parallèle, effectué précédemment, avec l'exception culturelle est d'autant plus permis qu'un ajustement sémantique l'a transformée en « diversité culturelle », J.-M. Fredon, « La guerre culturelle n'aura pas (encore) lieu », *Le Monde*, 23 novembre 1999.

[113] M. le juge D. J. Evrigenis a qualifié la Convention « *d'instrument d'harmonisation à effet minimum* », « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in M. Cappelletti (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff – Leyden-London-Boston, Klett-Cotta – Stuttgart, Bruylant – Bruxelles, Le Monnier – Firenze, 1978, p. 341, spéc. p. 351.

[114] M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets*, 1995, XXIV, 108. V. aussi, *Le droit et les droits de l'Homme*, 2ème éd., PUF, coll. "Questions", 1983, p. 13.

[115] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, préc. p. 52.

[116] G. Cornu, *loc. cit*.

[117] G. Michiaélidès-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p. 216, spéc. p. 221.

[118] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 162 ; « Théorie sociologique du droit subjectif » *in Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur,* 9ème éd. 1998, LGDJ, Paris, pp. 179-185, spéc. p. 180.

par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt individuel »[119], est, avec la jurisprudence européenne, porté à son paroxysme[120]. Le Professeur Marcel Waline a en ce sens relevé le caractère foncièrement individualiste de toute Déclaration des droits de l'Homme[121]. Pourtant, l'individualisme ici décrié a ses limites qui sont inhérentes au système[122], puisqu'il y a *« une impossibilité logique en effet à faire coexister les différents droits de l'Homme* »[123]. Or, pour régler ces conflits d'intérêts il est inéluctable de réintroduire l'intérêt général[124]. Les droits de l'Homme sont en conséquence circonscrits naturellement, par le jeu de leur exercice, eu égard à l'intérêt de la collectivité et des institutions qui la composent. En outre, la Convention prévoit expressément « l'abus »[125] des droits de l'Homme, encadrant ainsi les prérogatives des sujets de droit. A cette restriction générale, s'ajoute la clause « dans une société démocratique » corollaire ponctuel de l'affirmation de certains droits, figurant dans le paragraphe 2 des articles. C'est au juge qu'il appartiendra d'assurer le respect des droits en résolvant les conflits éventuels[126], à l'image de la justice anglo-saxonne qui, face aux médias

---

[119] G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd., Montchrétien, 2005, n° 35 ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952 ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

[120] « *Le fait que l'énoncé solennel (des principes fondamentaux ou principes généraux du droit), initialement jugé suffisant, trouve un prolongement exprimé en termes de droit subjectif (…) traduit sans doute plusieurs phénomènes : l'internationalisation de la société à travers celle de certaines règles de droit, mais aussi sa judiciarisation (…), et surtout le passage d'une conception théorique des droits à une conception effective de ceux-ci* » : D. Cohen, « Le droit à… », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 393, spéc. p. 396.

[121] M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Montchrétien, Domat, 1945, p. 375 et s.

[122] « *Le programme des déclarations est contradictoire. Chacun des prétendus droits de l'Homme est la négation d'autres droits de l'Homme et pratiqué séparément est générateur d'injustices* » M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, PUF Questions, 2ème éd. 1983, p. 13.

[123] M.-F. Rigaux, « Démocratie relative et relativité du modèle démocratique », *in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 413, spéc. p. 415.

[124] F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249.

[125] Article 17 CEDH : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Conventions ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

[126] V. Première partie, *infra*.

surpuissants, parvient à concilier la liberté de l'information avec d'autres valeurs[127]. Ainsi, la Convention « *rapporte et par-là même réduit tous les droits protégés à un dénominateur commun qui dépasse les intérêts personnels de leurs titulaires* »[128] permettant de concilier les intérêts de l'individu avec ceux de la collectivité. Enfin, l'effet horizontal de la Convention peut être un contrepoids aux excès de l'individualisme, en exigeant implicitement de chacun le respect des droits d'autrui[129].

30. Est-il nécessaire de poursuivre l'investigation dans les écrits doctrinaux afin de faire émerger d'autres vitupérations ? Sans prétendre à l'exhaustivité, l'ostentation des diatribes permet de cueillir rapidement les fruits de cette recherche. Il est encore reproché à la Cour de Strasbourg de produire une jurisprudence incontrôlable travaillant à la dévaluation de l'idéal que constituent les droits de l'Homme[130]. S'agissant de l'interprétation développée, les solutions émises ne sont que le reflet des recours individuels, une photographie subjective des violations. De même, toute disposition nécessite une interprétation, compétence expressément attribuée à la Cour par l'article 32 de la Convention. Doit-on avoir recours à l'exemple des articles 1382 et suivants du Code civil pour démontrer la nécessité d'une interprétation ? On ne peut effectivement résoudre les problèmes selon des formules générales tant qu'ils ne sont pas posés en particulier[131], la pratique constituant la réalisation d'une fin et permettant de combler les lacunes de la théorie[132]. Quant à la dévaluation des idéaux, préserver les droits de

---

[127] J.-Cl. Soyer, « L'avenir de la vie privé (face aux effets pervers du progrès et de la vertu…) », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 343, spéc. p. 347.

[128] K. Vasak, « Egoïsme et droits de l'Homme (esquisse pour un procès) », *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne,* Paris, Pédone, 1968, p.357, spéc. p. 360. L'auteur propose d'ailleurs l'ouverture d'une action populaire afin de rendre potentiellement tout un chacun solidairement responsable du respect des Droits de l'homme dans les Etats contractants et compléter ainsi par la solidarité des Européens celle des Etats européens, p. 362.

[129] V. « L'émergence de devoirs individuels », Partie II, titre II, *infra*.

[130] « *Plus, au reste, la notion de droits de l'Homme s'étendra, plus elle ira en s'affadissant et se banalisant et moins elle appellera le respect. Ici comme ailleurs, l'inflation aura pour corollaire la dévaluation* » ; Y. Lequette, *op. cit.* p. 317.

[131] Ph. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996, p. 299, spéc. p. 308.

[132] E. Kant, *Théorie et Pratique*, Hatier, Paris, 1990, pp. 28-29.

l'Homme en idéal c'est soutenir qu'ils sont beaux mais irréalisables et se délivrer par-là même de toute obligation d'action. Tout à fait inutile[133].

31. Les critiques exposées ne peuvent qu'être exacerbées par la diffusion de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations de droit privé, le droit privé étant entendu comme « *l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les particuliers entre eux* »[134], ou avec les collectivités privées, telles que les sociétés, les associations[135]. Dès lors, une étude de l'effet horizontal et de sa diffusion en droit privé français se justifie tant au regard des résistances nationales qu'au regard de la mutation des droits de l'Homme que cette interprétation du texte européen implique. En effet, en sollicitant l'intervention de la puissance publique pour la protection et la promotion des droits de l'Homme dans les rapports interindividuels, la Cour a permis une optimisation des garanties instituées et s'est réservée la possibilité d'établir une passerelle inattendue entre les droits de l'Homme et le droit privé. Qu'ils prennent la voie européenne ou la voie nationale, les droits de l'Homme s'immiscent progressivement dans le droit des Etats membres, faisant fi des distinctions internes entre le droit public et le droit privé[136]. L'étendue du champ d'application de la Convention aboutit à une rencontre inattendue entre les droits de l'Homme et le droit privé, la « privatisation » des droits de l'Homme ayant pour corollaire « l'européanisation » ou « l'humanisation » du droit privé. Aucune branche du droit privé français n'est à l'abri d'une influence européenne. L'objectif n'est cependant pas de relever les différents droits qui pourraient être soumis à

---

133 Selon la définition de l'idéal livrée par G. Flaubert, *Dictionnaire des idées reçues*, éd. Mille et une nuits, 1994.

134 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique Capitant*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 7ème éd., 2005, v° « privé ».

135 F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2003, n° 84.

136 « *Cette indifférence croissante des organes de la Convention à l'égard de la distinction droit public - droit privé se manifeste toujours, on doit le constater, au détriment du droit public qui se réduit progressivement à une peau de chagrin alors que le droit privé semble occuper une place de plus en plus grande et peut-être envahissante* » : P. Tavernier, « La Convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit public - droit privé », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 399, spéc. p. 406 ; J. Morange, « La crise de la notion de liberté publique », *in L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 91 ; P. Pelloux, « L'étude des droits de l'Homme doit être interdisciplinaire », *in René Cassin Amicorum discipulorumque Liber, tome IV, Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1972, p. 9.

l'effet horizontal, ni de recenser les législations ou jurisprudences qui ne résisteraient pas à un contrôle européen. De précieux travaux ont déjà été réalisés sur ce thème[137].

32. La présente étude a pour objet l'analyse de la structure de l'effet horizontal de la CEDH et ses implications en droit privé français[138]. Cette recherche doit être ordonnée autour de deux axes principaux. En premier lieu, il conviendra de s'interroger sur les méthodes employées par la Cour européenne afin de combler les lacunes du texte de 1950 et d'établir un lien entre les violations d'origine individuelle et le comportement de l'Etat. De même, il sera nécessaire d'étudier comment les juges européens peuvent garantir un juste équilibre entre les intérêts en présence alors que le litige horizontal indirect a la particularité d'être trilatéral : l'Etat, le requérant et l'adversaire du requérant dans l'ordre juridique interne. Ce dernier n'est certes pas présent à Strasbourg, mais ses intérêts ne peuvent pas être ignorés. Une fois mises en évidence les conditions d'élaboration de l'effet horizontal par la Cour européenne, il faudra s'interroger sur les modalités de mise en œuvre de l'effet horizontal par le juge judiciaire français. Juge européen de proximité, il est tout à la fois soumis aux règles de droit interne et aux exigences européennes. S'il peut appliquer l'effet horizontal, voire écarter une loi en contradiction avec la CEDH[139], il n'est pas encore autorisé à réexaminer une affaire après une

---

[137] V. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Préf. L. Leveneur, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002 et J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003 ; Pour des études plus spécifiques, V. par exemple : S'agissant du droit des obligations, J. Mestre, « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le droit français des obligations », *European Review of private law*, 1994, p. 31 ; J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, T. 1, LGDJ, 1997, p. 45. S'agissant du droit des affaires, J.-F. Flauss, « La Convention européenne des Droits de l'Homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA* 1995, chron. 524 ; E. Garaud, « La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen » et « La réforme des règles de droit privé contraires à la jurisprudence de la CEDH – Les règles commerciales », in J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 126 et s. et 171 et s. ; R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, Thèse, Limoges, 2005. S'agissant du droit du travail, A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, thèse, Limoges, Bruylant, Bruxelles, 2006 ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *D.* 2006, chron. 477.

[138] Pour une étude de droit public et de droit comparé de l'effet horizontal des droits constitutionnels et conventionnels, V. D. Ribes, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Aix Marseille III, 2005.

[139] Par exemple, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a écarté la loi du 30 mai 1957 sur le fondement de la CEDH ; Cass. Com., 8 juillet 2003, *SA Banque Internationale pour le commerce et*

condamnation de la Cour européenne. De même, en raison du caractère bilatéral du conflit interne, la technique d'interprétation horizontale mise en œuvre au Palais des droits de l'Homme ne peut être identiquement transposée en droit français.

En second lieu, la généralisation de l'effet horizontal, tant par le juge européen que par le juge interne, doit être mise en perspective. D'une part, la diffusion de l'effet horizontal en droit privé français doit être étudiée en considération de l'ordre public européen. Par la médiation de l'effet horizontal, il semble qu'un rapprochement de l'ordre public européen et de l'ordre public interne s'effectue, et que le second se renouvelle au contact du premier. D'autre part, s'il est acquis que l'effet horizontal a été élaboré et développé au bénéfice des individus, cette technique d'interprétation a également pour corollaire d'imposer à chacun le devoir de respecter les droits d'autrui. La vigueur redonnée à la notion de devoir constitue un bouleversement et cette nouvelle dimension des droits de l'Homme devrait permettre de désamorcer les critiques relevées précédemment.

33. Une difficulté méthodologique s'est présentée lors de la réalisation de cette étude. En effet, l'étude de l'effet horizontal et de ses implications nécessite de recourir à des notions de droit privé, bien connues des privatistes, ainsi qu'à des concepts désormais classiques de droit international. La définition de telles notions, qui sera parfois fastidieuse pour le lecteur spécialiste, a cependant été jugée nécessaire à la compréhension de la technique de l'effet horizontal. En outre, l'évolution de la connaissance du droit européen par les juristes de droit interne entraîne une vulgarisation des méthodes européennes. Néanmoins, là encore, un bref rappel de ces mécanismes, qui sont pour certains des lieux communs, a paru utile à la présentation du sujet[140].

34. Une recherche sur l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme et sa diffusion en droit privé français requiert un examen des conditions d'élaboration et d'application de cette technique d'interprétation puis des conséquences d'une telle expansion des droits de l'Homme. Une étude de la **mise en œuvre de l'effet horizontal** (Première Partie) précédera une **mise en perspective de l'effet horizontal** (Seconde Partie).

---

l'industrie de la Guinée c. SARL Grégori International, *JCP* 2005, II, 10111, note H. Kenfack et B. de Lamy.

[140] L'étude de la jurisprudence européenne n'inclut pas les arrêts et décisions postérieurs au 31 août 2006.

PREMIERE PARTIE

LA MISE EN ŒUVRE DE L'EFFET HORIZONTAL

35. L'initiative d'une application des droits de l'Homme dans les relations privées revient à la Cour européenne, qui est la première juridiction internationale à avoir reconnu la nécessité de protéger les individus contre les actions d'autres personnes privées[141]. La diffusion horizontale des droits de l'Homme se fonde sur la reconnaissance d'obligations étatiques et le mécanisme, issu du droit international général, d'imputabilité. L'applicabilité horizontale des dispositions conventionnelles reconnue, la Cour procède ensuite au contrôle de la légitimité de l'ingérence. A cette phase du contentieux, la Cour est confrontée à des exigences ambivalentes. Elle doit en effet vérifier le respect des droits de l'Homme par un Etat, alors que la violation alléguée trouve sa source directe dans un comportement individuel. L'absence de disposition conventionnelle relative à une diffusion interpersonnelle des droits européens peut expliquer le défaut de méthode précise et régulière des juges pour affirmer et justifier une telle extension des droits de l'Homme. Il est cependant nécessaire de clarifier les conditions d'élaboration de l'effet horizontal en raison du nombre croissant d'arrêts faisant application de ce mécanisme de protection des droits de l'Homme et des enjeux corrélatifs tant pour les Hautes Parties contractantes que pour les particuliers. En effet, la subsidiarité du système conventionnel européen[142] implique la nécessaire intervention d'une autorité nationale compétente susceptible de trouver une issue adéquate au litige examiné[143]. C'est

---

[141] G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'Homme » *in* SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, pp. 101-135, spéc. p. 113 ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7[ème] éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 167, p. 244. Pour une étude plus générale de l'influence de la jurisprudence européenne, V. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2005.

[142] Conformément au droit international général, la Convention contient le principe du caractère subsidiaire du recours supranational. Ainsi, aux termes de l'article 35 CEDH, « *la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ». Le requérant doit donc chercher à faire valoir ses droits au sein de l'ordre juridique interne, avant saisir la Cour européenne. E. Picard, « Article 26 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2[ème] éd., Economica, 1999, pp. 591-620, spéc. p. 596. (L'article 26 correspond à l'actuel article 35). La raison d'être de la règle de subsidiarité est de ménager la souveraineté des Etats : G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille - Economica, 1989, p. 110.

[143] « *La Convention confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle y contribuent de leur côté, mais elle n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes* », Cour EDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A, n° 24, § 48 ;

pourquoi « *l'objectif à atteindre consisterait ainsi en ce que la demande en justice soit, en matière de droits de l'Homme, satisfaite par les Etats eux-mêmes* »[144]. Pour tendre vers cet objectif, il est essentiel d'établir les critères que le juge interne doit prendre en considération afin de satisfaire aux exigences européennes relatives à l'application horizontale des droits de l'Homme.

36. Parce que la mise en œuvre de l'effet horizontal relève à la fois des instances européennes et des autorités nationales, une analyse des conditions d'élaboration de l'effet horizontal par le juge officiel de la CEDH (Titre I), précèdera l'étude des conditions d'application de l'effet horizontal par le juge national (Titre II).

JDI 1977, p. 706, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 7, comm. F. Sudre ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n° 226.

[144] J.-F. Burgelin et A. Lalardrie, « L'application de la Convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 145-163, spéc. 146.

TITRE I

L'ELABORATION DE L'EFFET HORIZONTAL PAR LE JUGE EUROPEEN

37. La Cour supranationale ne pouvant directement trancher les litiges interpersonnels, le mécanisme de l'effet horizontal présente des caractéristiques spécifiques lorsqu'il est mis en œuvre à Strasbourg. L'indispensable présence étatique oblige les organes de la Convention à élaborer un raisonnement intégrant le comportement des Hautes Parties contractantes. Si cette contrainte procédurale ne pose aucun problème s'agissant de l'applicabilité de l'effet horizontal, elle peut s'avérer embarrassante lorsqu'il s'agit de résoudre l'affaire. C'est pourquoi, en premier lieu, il conviendra de présenter les modalités de reconnaissance d'un effet horizontal. Assez facilement, la Cour est parvenue à étendre les obligations étatiques aux rapports horizontaux en recourant à la technique des obligations positives mais aussi à l'article 1er de la Convention. La simplicité apparente de cette présentation ne doit pourtant pas occulter l'absence de rigueur de la jurisprudence européenne provenant de la dualité de fondements de l'extension interindividuelle de la CEDH. En second lieu, il sera nécessaire d'analyser comment la Cour de Strasbourg peut trancher un litige opposant une personne privée à un Etat alors qu'un autre particulier est à l'origine de la contestation du requérant. En effet, on peut légitimement s'interroger sur le caractère équitable de la procédure suivie à Strasbourg dès lors que l'Etat s'est substitué à l'opposant initial du requérant. La solution apportée au conflit n'est-elle pas biaisée par la présence étatique et l'absence de la personne privée impliquée dans le conflit devant les juridictions internes ? La résolution d'un conflit horizontal indirect doit donc être étudiée en considération du caractère trilatéral de ce conflit.

38. Ainsi, à la présentation de la dualité des fondements de l'effet horizontal indirect (Chapitre I) succèdera une étude de la « trilatéralité » du litige horizontal (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA DUALITE DES FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL

39. L'étude du rayonnement horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme requiert une analyse des fondements et des constructions juridiques à l'origine de cette extension des droits conventionnels. Comment les juges européens ont surmonté le silence de la Convention et réussi à soumettre les contentieux d'origine privée à leur contrôle ? Les méthodes d'interprétation relatives à l'effet horizontal ont-elles évolué depuis le premier arrêt ayant retenu une telle application de la Convention ? De même, les juges de Strasbourg suivent-il une ligne directrice ou sont-il essentiellement pragmatiques ? Les réponses à ces questions orienteront l'étude des conditions d'élaboration de l'effet horizontal par le juge européen. Actuellement, deux voies essentielles permettent à la Cour européenne de légitimer cette extension du champ d'application des droits de l'Homme : d'une part, le concept prétorien d'obligations positives, d'autre part, l'article premier de la CEDH. Ces deux fondements coexistent sans qu'il soit possible de déterminer exactement le rôle respectif de chacun dans l'élaboration de l'effet horizontal ni d'établir la dialectique qui sous-tend le choix entre ces deux fondements.

40. En ce sens, l'effet horizontal de la Convention de Rome repose sur une construction jurisprudentielle prudente et progressive. Il ne s'agit pas d'une technique d'interprétation aboutie. Sa construction varie selon les affaires et les droits de l'Homme en cause, sans cohérence apparente. Aussi, la variété des fondements de l'effet horizontal de la CEDH doit être présentée (Section I) avant de tenter de comprendre la logique européenne présidant à l'articulation de ces fondements (Section II).

SECTION I – LA VARIABILITÉ DES FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL

41. La Commission européenne des droits de l'Homme est à l'origine du mécanisme d'application horizontale de la CEDH et, depuis, la Cour a amplement étendu cette méthode d'interprétation. De l'étude du raisonnement adopté par les juges strasbourgeois afin d'octroyer une dimension horizontale au texte européen il ressort une jurisprudence hétérogène. Initialement fondé sur une obligation étatique indéterminée, l'effet horizontal fut par la suite relié à la technique prétorienne des obligations positives. Parallèlement à cette dernière construction, toujours en application, les juges strasbourgeois mettent en œuvre une diffusion horizontale de la Convention fondée sur l'article premier de la CEDH, imposant aux Etats une obligation générale de respect des droits de l'Homme. Une présentation détaillée des différents raisonnements à l'origine d'une application interindividuelle de la CEDH doit par conséquent être effectuée. Ainsi, si l'effet horizontal est traditionnellement associé aux obligations positives (§ I), il est aujourd'hui de plus en plus fréquemment fondé sur l'article premier de la Convention européenne des droits de l'Homme (§ II).

§ I - L'EFFET HORIZONTAL FONDÉ SUR LES OBLIGATIONS POSITIVES

42. Les obligations positives ont été instituées par la Cour afin de contraindre les Etats à ne plus adopter une attitude passive à l'égard des droits de l'Homme. Or, l'action positive exigée des Hautes Parties contractantes s'est par la suite étendue aux relations interindividuelles. Les premières décisions européennes relatives à l'effet horizontal sont en effet fondées sur une obligation d'intervention de l'Etat (A). La jurisprudence postérieure reliera plus explicitement l'effet horizontal aux obligations positives, de telle façon que les secondes apparaissent nécessaires à l'affirmation du premier (B).

A/ LES PRÉMICES DU RAISONNEMENT EUROPÉEN

43. Dès 1963, la Commission européenne des droits de l'Homme[145] s'est montrée favorable à la reconnaissance d'une diffusion de la Convention dans les relations interindividuelles. En l'espèce, le requérant, condamné pour dénonciation calomnieuse, reprochait aux autorités belges une violation des articles 6 et 10 en raison de leur refus de poursuivre un organe de presse contre lequel il avait porté plainte. La Commission strasbourgeoise s'est déclarée incompétente *ratione personae*, le demandeur s'en prenant à des « journaux indépendants de l'autorité publique » et *ratione materiae*, puisqu'il réclamait un droit à l'ouverture de poursuites pénales contre ceux-ci. L'instance européenne a néanmoins ajouté que « *la question pourrait se poser de savoir si le droit de réponse ou de rectification s'analyse, au moins en Belgique, en un "droit de caractère civil ", au sens de l'article 6 § 1 de la Convention et (ou) s'il constitue un corollaire de la liberté d'expression, telle que la consacre l'article 10 (…) ; que, dans l'affirmative, il faudrait se demander si les autorités des Etats contractants n'ont pas l'obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers* »[146]. La première décision relative à la question de l'applicabilité interindividuelle de la CEDH, devant les organes strasbourgeois, associe donc obligation étatique et protection des droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles. En effet, la Commission envisage l'effet horizontal de la Convention sous l'angle d'une obligation de l'Etat de veiller au respect des droits de l'Homme dans les relations privées. Ultérieurement, diverses requêtes relatives à la protection de la liberté syndicale ont favorisé une réflexion des membres de la Commission ou de la Cour sur la question de l'applicabilité de la CEDH dans les relations interpersonnelles.

---

[145] Décision non publiée du 18 décembre 1963 (req. n° 1906/63) citée par M.-E. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in : René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, III, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 151-162, spéc. p. 158-159 ; nous pouvons remarquer la précocité de la réflexion sur l'effet horizontal menée au sein des organes strasbourgeois, et plus précisément par la Commission, puisqu'en 1963 la jurisprudence et la méthode interprétative européennes n'en étaient qu'à leurs balbutiements, seuls deux arrêts avaient été rendus par la Cour européenne.

[146] M.-E. Eissen remarque que le rejet de la requête « *qui découle sans ambiguïté des articles 19 et 25 de la Convention, n'implique cependant en aucune manière le rejet de la théorie de la "drittwirkung" : la Commission se place sur le terrain de la procédure et des sanctions, non sur celui du fond et des obligations* », *op. cit.*, p. 157.

44. L'affaire du *Syndicat national de la police belge*, clôturée par un arrêt de la Cour européenne en date du 27 octobre 1975[147], a permis à la Commission de préciser son appréciation favorable à l'effet horizontal de la CEDH. Le requérant, un syndicat ouvert aux fonctionnaires de la police communale belge, reprochait aux autorités internes de ne pas lui reconnaître la qualité d'organisation représentative, l'excluant de ce fait de la consultation prescrite par la législation nationale et contribuant ainsi, selon lui, à une baisse de ses effectifs. La Cour européenne n'ayant ni relevé ni apprécié les incidences d'une distinction entre l'Etat employeur et l'Etat législateur, son raisonnement ne comporte par conséquent aucune précision relative à notre sujet. Cependant, la Commission affirma qu' « *il est vrai que la Convention garantit essentiellement les libertés traditionnelles de l'Etat (…). Cela ne signifie pas pour autant que l'Etat ne soit pas obligé de protéger les individus contre certaines formes d'ingérences émanant d'autres individus, groupes ou organisations. S'ils ne peuvent eux-mêmes être tenus pour responsables (devant la Commission) de tels actes qui constituent une violation de la Convention, l'Etat peut dans certaines circonstances, en être responsable* »[148]. Une nouvelle fois, l'idée d'une obligation étatique de protéger les individus contre les ingérences émanant des personnes privées est avancée. L'affirmation est cependant plus précise qu'en 1963 puisque l'obstacle d'une incompétence *ratione personae* des organes européens relativement aux litiges interindividuels est surmonté par la médiation de l'Etat, dont la responsabilité n'est pas exclue.

45. La Commission a, dans un litige relatif à la liberté d'expression, confirmé cette approche propice au développement de l'effet horizontal en précisant le lien entre violations individuelles des droits de l'Homme et obligation étatique. Saisie par une entreprise de presse se plaignant de ne pouvoir, en vertu d'une législation néerlandaise, publier les programmes de radio et de télévision, la Commission rejette la requête après une argumentation détaillée, dans un rapport datant du 6 juillet 1976[149]. Cependant, elle note dans un *obiter dictum* qu'un problème se poserait sous l'angle de l'article 10 de la Convention si « *un Etat manqu(ait) à*

---

[147] Cour plénière, Série A n° 19 ; *JDI* 1978, pp. 685-693, obs. P. Rolland ; *AFDI* 1976, pp. 121-124, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme », note R. Pelloux ; *RDH* 1976, pp. 71-80, « Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'Homme (à propos de l'affaire "syndicat national de la police belge") », note G. Sperduti.

[148] Rapport du 27 mai 1974, § 59 ; *AFDI* 1975, pp. 341-342, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-P. Jacqué.

[149] Req. n° 5178/71, *De Geïllustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas* ; *AFDI* 1976, pp. 132-134, obs. G. Cohen-Jonathan.

son obligation d'empêcher les concentrations de presse excessives ». Cette affirmation a été interprétée comme signifiant que l'Etat, non seulement ne doit pas entraver la liberté d'expression des organes de presse, mais doit en outre favoriser l'existence de média permettant de concrétiser ces droits, « *c'est-à-dire finalement veiller à ce que la liberté d'information ne soit pas menacée par des tiers (obligation active)* »[150]. Dès l'origine, la Commission européenne des droits de l'Homme apparaît donc sensible aux menaces d'ingérences provenant de personnes privées.

46. Par deux arrêts rendus contre la Suède le 6 février 1976, la Cour a évoqué la difficulté de l'applicabilité de la Convention aux relations interpersonnelles, sans pour autant s'engager explicitement dans cette voie ni la réfuter définitivement. Dans la première affaire[151], le syndicat requérant reprochait à l'Office national suédois des négociations collectives, représentant l'Etat employeur, de ne conclure des conventions collectives qu'avec trois grandes fédérations d'employés de l'Etat suédois, ce qui l'aurait empêché de désigner certains représentants ou délégués syndicaux officiels et aurait entraîné une chute de ses effectifs. Dans le second litige[152], les requérants se plaignaient d'une disposition d'une convention collective les écartant du bénéfice d'une augmentation rétroactive de salaires, en raison de leur appartenance à des syndicats ayant organisé une grève. Chacun des arrêts rendus comporte des informations relatives au droit syndical, mais ils retiendront notre attention pour leur seule évocation de l'effet horizontal.

47. Dans chaque affaire, l'Etat suédois argua du fait que le problème en cause relevait des relations de droit privé. Il soutint en effet que « *d'une manière générale, la Convention tend surtout à protéger l'individu contre l'Etat considéré comme puissance publique et n'astreint pas ce dernier à veiller au respect de ses clauses dans les relations de droit privé* ». Or, selon le Gouvernement, les requérants « *ne s'en prendraient pas aux autorités*

---

[150] G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 134. Selon cet auteur, il s'agirait d'une obligation juridique pouvant être sanctionnée sur le fondement de l'article 10.

[151] Cour EDH, arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède* du 6 février 1976, série A, n° 20 ; *CDE* 1978, pp. 344-348, obs. G. Cohen-Jonathan ; R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1976, p. 122-127.

[152] Cour EDH, arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède* du 6 février 1976, Série A, n° 21 ; *CDE* 1978, pp. 348-350, obs. G. Cohen-Jonathan. : R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1976, p. 122-127.

législatives, exécutives ou judiciaires suédoises, mais bien à l'Office national des négociations collectives et donc à l' "Etat employeur" » et « *la Convention ne saurait créer pour celui-ci, dans le domaine des conditions d'emploi et de travail, des obligations n'incombant pas aux employeurs du secteur privé* »[153]. La Cour qui n'avait pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur la dimension horizontale de la Convention précisa que ce texte ne distingue nulle part expressément entre les attributions de puissance publique des Etats contractants et leurs responsabilités d'employeurs. Elle poursuivit en affirmant que « *l'article 11 s'impose par conséquent à l'"Etat employeur", que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé. Dès lors, la Cour n'estime pas devoir s'arrêter à la circonstance que de toute façon certains griefs du requérant paraissent viser à la fois l'Office et l'Etat suédois en tant que puissance publique. Elle ne croit pas davantage avoir à se prononcer sur l'applicabilité directe ou indirecte de l'article 11 entre simples particuliers stricto sensu* »[154]. Par cette affirmation, la Cour laisse donc ouverte « *la fameuse controverse sur l'invocabilité de la Convention dans les rapports entre particuliers* »[155], et n'écarte pas catégoriquement une telle interprétation de la Convention.

48. A la suite de ces décisions, la Cour européenne rendit, en 1981, dans l'affaire *Young, James et Webster contre Royaume-Uni*[156], une décision *a priori* hybride et problématique quant à son approche de l'effet horizontal. Il convient cependant de l'évoquer à ce stade de la présentation des arrêts relatifs à notre sujet. Les requérants avaient été licenciés par les Chemins de fer britanniques après avoir refusé de s'affilier à l'un des syndicats avec lesquels leur employeur avait conclu des accords de monopole d'embauche ou « closed shop ». Selon ces accords entre syndicats et employeurs, les salariés d'une catégorie déterminée étaient obligés d'adhérer à un syndicat désigné, avant leur embauchage ou après, dans un délai raisonnable. Ces conventions, dont l'objectif affirmé était la promotion des intérêts des syndicats, permettaient d'imposer le licenciement des non-syndiqués ou l'interdiction de les

---

[153] § 36 de l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* et § 32 de l'arrêt *Schmidt et Dahlström*.

[154] § 37 de l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* et § 33 de l'arrêt *Schmidt et Dahlström*.

[155] G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 344.

[156] Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44 ; *CDE* 1982, pp. 226-232, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, pp. 499-504, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, pp. 220-224, obs. P. Rolland.

embaucher. La législation anglaise alors en vigueur autorisait une telle sanction au défaut d'adhésion à moins que l'employé ne puisse motiver son refus par des convictions religieuses. Les requérants, employés licenciés ne pouvant justifier de telles convictions, se plaignirent d'une atteinte à leur liberté de pensée, de conscience, d'expression et d'association[157].

49. Devant les instances strasbourgeoises, le Gouvernement plaida qu'on ne pouvait lui imputer de tels licenciements puisqu'ils avaient été prononcés par les responsables d'une entreprise. Le 14 décembre 1979, la Commission européenne des droits de l'Homme réfuta cet argument au motif qu' « *il est bien établi désormais que la Convention contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'Etat, mais obligent l'Etat à protéger les droits de l'individu même contre les agissements d'autrui* »[158]. A la suite de cette affirmation, la Commission de Strasbourg citait l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, en son paragraphe 31[159]. Le Professeur G. Cohen-Jonathan s'est interrogé sur l'opportunité d'une telle référence et a relevé que l'arrêt rendu contre la Belgique « *a mis en évidence plus nettement qu'autrefois le fait que le respect de la Convention exige de la part de l'Etat non seulement une absence d'ingérence mais, selon les circonstances, de véritables obligations actives* »[160]. Selon cet auteur, la Commission « *a tiré toutes les conséquences de cet arrêt en condamnant une abstention de l'Etat permettant aux tiers d'intervenir dans les droits garantis* »[161]. L'arrêt *Marckx* ou plus précisément les obligations positives constituent ainsi un fondement opportun à l'effet horizontal puisque la Commission européenne des droits de

---

[157] Articles 9, 10 et 11 de la CEDH

[158] Comm. EDH, rapport du 14 décembre 1979, § 168 ; G. Cohen-Jonathan et J.-P. Jacqué, *AFDI* 1980, pp. 362-365.

[159] Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31 ; Selon le paragraphe 31 de cet arrêt, « *en proclamant par son § 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au § 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (…). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* » ; *CDE* 1980, pp. 473-481, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, pp. 317-323, chron. R. Pelloux ; *JDI* 1982, pp. 183-187, chron. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

[160] *CDE* 1982, chron. pp. 226-232, spéc. p. 227.

[161] *Loc. cit.*

l'Homme avait auparavant, dans les premières affaires interpersonnelles, relevé que l'application interindividuelle des dispositions conventionnelles serait envisageable en vertu d'une obligation étatique, laquelle demeurait jusqu'alors indéterminée et imprécise. L'arrêt *Marckx* a par conséquent permis à la Commission de légitimer une évolution qu'elle avait amorcée avant ce même arrêt. Le lien entre effet horizontal et obligation positive est donc esquissé et la Cour, par la suite, reliera identiquement ces deux innovations interprétatives. Cependant, en 1981, elle suivra un raisonnement différent.

50. Les juges européens ont en effet estimé, dans une remarque préliminaire, que « *selon l'article 1, chaque Etat contractant reconnaît "à toute personne relevant de (sa) juridiction les droits et libertés définis (dans) la (…) Convention" ; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'Etat. Or, si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'Etat défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base ; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'Etat ou du contrôle exercé par lui sur British Rail* »[162]. Cette affaire nous invite à formuler deux observations.

51. En premier lieu, il convient d'indiquer que l'arrêt *Young, James et Webster* est actuellement présenté comme le premier de la Cour européenne à avoir reconnu une applicabilité horizontale de la Convention[163], ce que les annotateurs de l'époque n'avait pas relevé de façon aussi affirmative. Ces derniers avaient à l'inverse souligné une certaine indifférence de la Cour sur ce point. Le Professeur Robert Pelloux exposait en 1982 que, « *sans prendre parti sur le point de savoir si l'Etat employeur serait ou non soumis à la Convention, la Cour, à la suite de la Commission, estime que la responsabilité éventuelle de l'Etat découle de sa législation qui a rendu possible le licenciement des requérants, et non de sa qualité, sans doute discutable, d'employeur* »[164]. Le Professeur Cohen-Jonathan remarquait

[162] § 49.

[163] F. Sudre, *GACEDH*, p. 31.

[164] *AFDI* 1982, p. 501.

quant à lui, à propos de cet effet horizontal, que « *la Cour ne veut pas s'appesantir sur ce point et encore moins en extraire une doctrine générale, ce qui répond assez bien également au désir du gouvernement. Elle constate cependant, que c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés ; la responsabilité de l'Etat défendeur se trouve donc éventuellement engagée sur cette base* »[165]. Il n'était donc pas évident, à l'époque où l'arrêt a été rendu, que la Cour venait de reconnaître explicitement une applicabilité horizontale de la Convention. Pour autant, l'interprétation actuelle de cette décision ne doit pas être remise en question puisque les faits à l'origine du litige sont topiques d'une relation interindividuelle, et que, nous le verrons, le raisonnement retenu par la Cour en 1981, et occulté pendant plusieurs années, réapparaîtra au soutien d'une nouvelle forme d'effet horizontal[166]. En effet, la justification proposée alors par les juges, issue de l'article premier de la Convention, va ultérieurement permettre de déployer l'effet horizontal de certaines dispositions européennes.

52. En second lieu, l'arrêt *Young, James et Webster* contient les deux formes de construction de l'effet horizontal par les instances d'interprétation européennes, d'une part le recours aux obligations positives dans le rapport de la Commission, d'autre part, la référence à l'article premier de la Convention dans l'arrêt de la Cour. Cependant la seconde méthode sera longtemps écartée au profit de la théorie des obligations positives. C'est en effet sur ce fondement que l'effet horizontal va être amplement et longtemps développé par les organes strasbourgeois.

B/ LA RATIONALISATION DU RAISONNEMENT EUROPÉEN

53. Nous avons constaté que, sans l'adopter expressément, la Cour n'excluait pas une application horizontale de la Convention européenne des droits de l'Homme. Quant à la Commission, son évocation d'un possible effet interindividuel de la CEDH était reliée à l'idée d'une obligation étatique puis ultérieurement à la notion d'obligation positive. Or, cette théorie va constituer une assise essentielle dans l'édification de l'effet horizontal puisque, très explicitement à partir de 1985 et actuellement encore, la Cour va recourir à cette notion pour justifier la dimension interpersonnelle des dispositions européennes. Une présentation de la

---

[165] *CDE* 1982, p. 227 ; Patrice Rolland n'insista pas non plus sur ce prétendu aspect novateur de l'arrêt *Young, James et Webster* ; *JDI* 1982, p. 221.

[166] V. *infra*.

notion d'obligation positive et de ses implications (1) est dès lors nécessaire avant d'établir le lien effectué par la Cour européenne entre cette méthode d'interprétation et l'effet horizontal de la CEDH (2).

1/ Le concept d'obligation positive

54. La reconnaissance d'obligations positives à la charge des Etats contractants constitue l'innovation majeure du travail interprétatif européen[167]. Les « obligations positives » caractérisent de manière éclatante la préoccupation constante des juges officiels de la Convention d'établir des droits et libertés effectifs[168].

55. La notion d'obligation positive, d'origine prétorienne, apparaît pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 1968, lors de l'arrêt dit « *affaire linguistique belge* »[169]. Examinant l'impossibilité pour certains parents belges

---

[167] D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées, Bruxelles*, Bruylant, 1995, p. 64 et s. ; du même auteur, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du colloque organisé par l'I.D.E.D.H. à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 133 ; F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384 ; du même auteur, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1359-1376 ; L. Sasso, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Etude de droit comparé, de droit allemand, européen et français*, thèse, Caen, 1999 ; G. Malinverni, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Im Dienst an der Gemeinschft*, Basel-Francfurt, Verlag Helbing et Lichtenhahn, 1989, pp. 539-560, spéc. p. 546 et s. ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, préc., n° 163 et s. ; J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, p. 40 et s.

[168] La ligne directrice des méthodes d'interprétation mises en œuvre réside dans l'affirmation selon laquelle l'objectif essentiel de la Cour est de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* » : Cour EDH, Arrêt *Airey c. Irlande* du 24 octobre 1979, série A n° 33, § 24 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre. Cette conception était déjà perceptible dans des arrêts antérieurs ainsi la Cour a pu affirmer que « *s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de "la Convention" et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* », Cour EDH, arrêt *Wemhoff c. RFA* du 27 juin 1968, série A n° 7, § 8.

[169] Cour EDH, arrêt *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, série A n° 6 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

d'inscrire leurs enfants dans une école de langue française en raison de la situation de leur résidence dans une région unilingue néerlandaise, les juges européens ont affirmé que, malgré la formulation négative de l'article 2 du premier protocole additionnel aux termes duquel « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* », « *on ne saurait pourtant en déduire que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole* »[170]. Les instances conventionnelles attendront ensuite plus de dix ans avant d'user du concept d'obligation positive, de nouveau contre la Belgique. En 1979, lors de la célèbre affaire *Marckx*[171] qui soulevait la difficulté pour une mère célibataire de reconnaître son enfant afin d'établir un lien de filiation, la Cour souligne que, « *en proclamant par son § 1 le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 signifie d'abord que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au § 2. Ainsi que la Cour l'a relevé en l'affaire "linguistique belge", il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (…). Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »[172]. La même année, les juges européens élargissent l'étendue des obligations positives incombant à l'Etat à l'article 6 : « *l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat ; en pareil cas celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et " il n'y a (…) pas lieu de distinguer entre actes et omissions" (…). Or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements* »[173]. Dès lors, est entamé le processus de mise en place d'une technique des obligations positives qui prendra plus clairement son envol dans les années 1980. L'intervention de l'Etat est ainsi sollicitée dans

---

[170] Idem, § 3. La Cour précisera à propos de l'article 2 du 1er Protocole que « *"Respecter", ainsi que le confirme la substitution de ce mot à "tiendra compte" pendant la genèse de l'article 2, signifie plus que "reconnaîtra" ou "prendra en considération" ; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'État une certaine obligation positive* », Cour EDH, arrêt *Campbell et Cosans* du 25 février 1982, série A n° 48, § 37 ; *JDI* 1985, p. 191, obs. P. Tavernier.

[171] Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A Gouttenoire.

[172] § 31.

[173] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32, § 25, préc.

des domaines aussi variés que, par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable[174], le droit à la liberté d'expression[175], le droit au respect de la vie privée des personnes transsexuelles[176], le droit d'obtenir des informations pertinentes sur les risques graves pour l'environnement[177], ou, plus tardivement, le droit de propriété[178].

56. Certaines obligations d'action à la charge des Hautes Parties contractantes avaient été envisagées par les rédacteurs de la Convention européenne et furent inscrites dès 1950 dans le texte de Rome. Ainsi, l'Etat doit indemniser la victime d'une arrestation ou d'une détention réalisée dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5[179], procurer à l'accusé l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office[180] et à celui qui ne comprend pas la langue employée à l'audience l'assistance gratuite d'un interprète[181]. L'Etat a enfin l'obligation d'organiser des élections libres[182]. Ces obligations positives ont été qualifiées de conventionnelles par opposition aux obligations positives prétoriennes dégagées par les

---

[174] Cour EDH, arrêt *Union Alimentaria Sanders SA c. Espagne* du 7 juillet 1989, série A n° 157, § 40. Le système judiciaire interne doit en effet être organisé en ce sens.

[175] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98, § 38 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[176] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octotobre 1986, série A n° 106 ; *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Rolland ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. 28957/95, *JCP* 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH* n° 42, comm. M. Levinet.

[177] Cour EDH, arrêt *Guerra et autres c. Italie* du 19 février 1998, req. n° 14967/89 ; *RTDH* 1998, p. 808, obs. Ph. Frumer ; *JCP* 1999, I, 105, n° 40 et 43, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1998, 517, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH* n° 46, comm. J.-P. Marguénaud.

[178] Cour EDH, arrêt *Oneryildiz c. Turquie* du 18 juin 2002, req. n° 48939/99, § 145 ; *RTDH* 2003, p. 279, obs. C. Laurent ; *JCP* 2002, I, 157, n° 23, obs. F. Sudre. L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui s'est prononcée le 30 novembre 2004 ; *GACEDH*, n° 63, comm. J.-P. Marguénaud.

[179] Article 5 § 5 CEDH.

[180] Article 6 § 3, alinéa c, CEDH ; Cour EDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, § 36 ; *AFDI* 1981, p. 288, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1982, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. Rolland.

[181] Article 6 § 3, alinéa e, CEDH.

[182] Article 3 du Premier protocole additionnel à la CEDH, signé à Paris le 20 mars 1952. Cour EDH, arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, série A n° 113, § 48 ; *GACEDH*, n° 62, comm. M. Levinet.

instances européennes[183]. Les secondes, dont la liste est par nature non exhaustive, sembles illimitées[184].

57. Quelle que soit la configuration de l'obligation positive, l'objectif permanent est la recherche d'effectivité des droits de l'Homme. Qu'elles soient « *inhérentes* »[185] au respect effectif de certaines dispositions conventionnelles ou requises « *par implication* »[186], la disparité de présentation n'est en fait qu'apparente puisque, nonobstant la tournure employée, l'obligation positive est toujours présentée par les juges européens comme une composante naturelle et implicite du droit garanti parce que nécessaire à son effectivité[187].

---

[183] F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 364.

[184] La Cour européenne fait en effet un « *usage quasi systématique de la technique des obligations positives* », F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, préc., n° 166.

[185] Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, préc., § 31. Une distinction a été effectuée quant aux voies empruntées pour la formulation des obligations positives : celles-ci seraient en effet, soit issues de la transformation d'une formule négative d'un droit en prestation positive, soit inhérentes aux droits conventionnels parce que nécessaires à leur effectivité. Au premier cas correspond l'arrêt « *affaire linguistique belge* » du 23 juillet 1968 dans lequel les juges européens ont déduit de l'article 2 du Premier Protocole selon lequel « *Nul ne peut se voir refuser un droit à l'instruction* », que, « *malgré sa formulation négative* », il consacre un véritable droit à l'instruction et n'implique pas que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit (série A, n° 6, § 3). La seconde occurrence est dégagée des arrêts dans lesquels la Cour affirme, s'agissant par exemple de l'article 8, que « *s'il a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...) à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives* inhérentes *à un respect effectif de la vie familiale* », Arrêt *Marckx c. Belgique* du 19 juin 1979, série A n° 31, § 31. Cette présentation a été élaborée par le Professeur Sudre (« Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384, spéc. p. 366 et s.) ; V. également, D. Spielmann, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *op. cit.*, p. 133 et s.

[186] V. l'ensemble de la jurisprudence précitée faisant usage de l'article premier, *infra*.

[187] La Cour elle-même assimile l'ensemble des obligations positives : « *La Cour estime depuis longtemps que si de nombreuses dispositions de la Convention ont essentiellement pour objet de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des autorités publiques, il peut en outre exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés. Elle a estimé que de telles obligations pouvaient s'imposer sur le terrain de l'article 8 et de l'article 11. La Cour a également constaté l'existence d'une obligation de prendre des mesures pour mener une enquête efficace au regard de l'article 2 et de l'article 3 ; une obligation positive de prendre des mesures pour protéger la vie peut également exister en vertu de l'article 2* », Cour EDH, arrêt *Özgur Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93, § 42 ; *RTDH* 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre. De même, lorsque la Cour affirme que le respect de l'article 3 exige une obligation positive, elle ne précise pas, à l'inverse de son interprétation de l'article 2 du Premier protocole lors de l'arrêt « *Affaire linguistique belge* », que « *malgré sa formulation négative* » l'article 3 consacre un véritable droit à ne pas être torturé.

58. Le concept d'obligation positive a été précisé au gré des différentes affaires soumises aux instances strasbourgeoises et peut être défini comme l'obligation pour l'Etat de ne pas « *se borner à rester passif* »[188] mais d' « *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »[189] garantis par la Convention. Malgré le refus des juges européens d'élaborer une théorie générale des obligations positives[190], cette idée est acquise et inscrite parmi les autres principes d'interprétation employés à Strasbourg[191]. Les obligations positives sont associées de façon constante à certains droits européens, tels les droits au respect de la vie privée ou familiale, et permettent d'optimiser les garanties contenues dans le texte de 1950. L'Etat est donc sollicité afin de contribuer à la protection et à la promotion des droits de l'Homme, en créant les conditions nécessaires à leur respect effectif[192]. Cette exigence a par la suite permis à la Cour d'établir une passerelle inattendue entre les droits de l'Homme et les relations privées. Une telle « optimisation » des droits de l'Homme conduit en outre à reconsidérer la distinction traditionnellement réalisée à partir des modalités de leur protection.

59. Les droits de l'Homme font traditionnellement l'objet d'une classification tripartite, chaque composante étant le fruit d'une évolution historique. Les droits de la première génération correspondent aux droits civils et politiques proclamés au XVIIIème siècle, ceux de la deuxième génération contiennent les droits économiques, sociaux et culturels découverts

---

188 Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 25, préc.

189 Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n° 172, § 41 ; *JDI* 1991, p. 774, note P. Tavernier. ; *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. Flauss.

190 Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, série A, n° 139, § 31 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. Le Professeur J. Andriantsimbazovina considère que « *la Cour européenne a construit – bien qu'elle s'en défende – la théorie des obligations positives qui impose à l'Etat de donner corps et chair aux droits et libertés des individus* », « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 57-78, spéc. p. 69.

191 F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Les voies du droit, paris, 1989, p. 405 et s. ; O. Jacot-Guillarmod, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, préc., p. 41 et s.

192 En ce sens, les obligations positives garantissent « *l'efficacité et l'effectivité de certains droits réputés difficiles à mettre en œuvre* » : J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des Droits de l'Homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 657, spéc. p. 688.

dans la période postérieure à la seconde guerre mondiale. Enfin, une ultime catégorie mise en lumière dans la période contemporaine[193] serait constituée des droits dits de solidarité[194]. Ces nouveaux droits suscitent toutefois de nombreuses incertitudes[195]. S'agissant des deux premières catégories, le critère distinctif résulte de l'attitude exigée de la part de l'Etat ; les droits civils et politiques ou « droits de … » sont protégés dès lors que la puissance publique s'abstient de poser des obstacles à leur exercice. Quant aux droits économiques, sociaux et culturels ou « droits à … », ils requièrent pour leur mise en œuvre une intervention active de l'Etat, la seule liberté de l'individu ne lui permettant pas de les obtenir. Si cette dichotomie est contestable en raison d'une interdépendance des droits et d'une fallacieuse suggestion selon laquelle les droits de l'Homme sont sauvegardés par strates successives, les seconds n'étant garantis qu'une fois acquise la protection des premiers[196], elle est en outre remise en question par le concept d'obligations positives. Il existe en effet une « complémentarité » entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux, d'autre part, puisque « *l'absence des premiers compromet l'exercice des seconds* »[197]. En remettant en cause la segmentation des droits de l'Homme, les obligations positives garantissent leur indivisibilité[198]. En ce sens, la Cour européenne a également reconnu que, si la Convention « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des*

---

[193] J.-J. Israel, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, coll. Manuel, 1998, p. 22.

[194] Il s'agit du droit à la paix, au développement, à l'environnement et au respect du patrimoine commun de l'humanité. D. Rousseau, « Les droits de l'Homme de la troisième génération », *in Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Economica, 1987, pp. 125 et s.

[195] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n° 66 ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3ème éd. 2002, n° 342.

[196] Selon F. Sudre, cette présentation suggère également l'idée d'anachronisme, les droits de première et deuxième génération paraissant relever de la « préhistoire » des droits de l'Homme, et évite « *l'interrogation sur la réalité des droits "anciens"* », *op. cit.*, n° 66.

[197] F. Sudre, *op. cit.*, n° 69.

[198] E. Decaux, « Universalité et indivisibilité des droits de l'Homme dans le droit international », in R. Kessous (dir.), *L'universel et les droits de l'Homme, Actes de l'université d'automne 2004 de la Ligue des droits de l'Homme*, www.ldh.France.org/actu_nationale.cfm?idactu=1206, p. 23 ; V. également, la Recommandation n° R(93)1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'accès effectif au droit et à la justice en situation de grande pauvreté (Adoptée par la Comité des Ministres le 8 janvier 1993 lors de la 484ème ter réunion des délégués des Ministres). Le point 6 du Préambule précise que « *le principe de l'indivisibilité des droits de l'Homme, qui implique la jouissance des droits politiques et civils, tels que ceux consacrés notamment par les articles 6 paragraphe 3 c, et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, n'est pas effective si les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas également protégés* », www.coe.int./T/CM/home_fr.asp.

prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »[199].

60. La technique européenne des obligations positives permet désormais de s'affranchir de la distinction traditionnelle pour réclamer une prestation étatique quel que soit le droit en cause, et éviter ainsi une proclamation théorique et illusoire des droits[200] en condamnant l'inertie des pouvoirs publics. A cet égard, il est significatif de relever les arguments étatiques présentés lors de l'affaire linguistique belge[201] : le gouvernement arguait du fait que « *les libertés individuelles impliqueraient pour les pouvoirs publics de simples devoirs d'abstention (statut négatif, status libertatis)* ». La Commission, quant à elle, a estimé que les droits reconnus par la Convention ne sont pas tous négatifs : « *Il faut examiner chaque matière et chaque disposition d'une manière indépendante sans se laisser égarer par une "doctrine d'un certain âge" - la doctrine classique des libertés individuelles qui "peut conserver une certaine valeur philosophique" mais "n'a aucun caractère normatif"* »[202]. Ainsi, la mutation des principes classiques de protection des droits civils et politiques constitue la conséquence immédiate du concept d'obligations positives. Nonobstant cette sollicitation nouvelle de la puissance publique, le bouleversement majeur réside évidemment dans la mise en place d'un processus de privatisation de la Convention européenne des droits de l'Homme, à travers l'effet horizontal.

2/ Le prolongement horizontal des obligations positives

61. Les instances strasbourgeoises, à partir du concept d'obligations positives ont étendu et généralisé l'application horizontale de la Convention européenne des droits de l'Homme.

---

[199] Cour EDH, *arrêt Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 26, préc.

[200] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 37.

[201] Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » du 23 juillet 1968, série A, n° 6, préc.

[202] Rapport du 24 juin 1965, préc. § 1 p. 14.

Les arrêts examinés précédemment ne constituent que les balbutiements d'un effet horizontal qui ne sera effectivement généralisé qu'en 1985, lors de l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*[203].

62. En l'espèce, une jeune fille handicapée mentale fut agressée sexuellement le lendemain de ses seize ans, dans le foyer privé dans lequel elle vivait. Le père de la victime déposa plainte en raison de l'incapacité de sa fille. Il fut débouté au motif que le droit néerlandais ne permettait au représentant légal d'agir au nom de la victime que lorsque celle-ci a moins de seize ans, les juges nationaux refusant de faire une interprétation extensive de la loi au détriment de l'agresseur. Saisie par le père et sa fille, la Cour européenne énonça que la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention, recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle. Elle rappela que « *si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale* » et précisa que celles-ci « *peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* »[204]. Il convient de relever qu'à aucun moment le Gouvernement n'a argué du caractère privé de la violation et par conséquent de l'incompétence *ratione personae* de la Cour, ses arguments reposant essentiellement sur la suffisance d'une législation civile en ce domaine. Néanmoins, la Cour a explicitement consacré, par cet arrêt, l'applicabilité interindividuelle de la CEDH. Une telle solution sera reprise à propos de la difficulté pour des enfants victimes de sévices sexuels d'engager une procédure civile[205]. L'arrêt *X et Y contre Pays-bas* et la formule qu'il contient, selon laquelle les obligations positives « *peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* », laisse accroire qu'un lien direct est indispensable entre les deux méthodes d'interprétation, l'une précédent et fondant l'autre. Cette jurisprudence fonde de nombreuses extensions

---

[203] Arrêt du 26 mars 1985, Série A n° 91 ; *RSC* 1985, pp. 629-630, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, pp. 1082-1083, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

[204] § 23.

[205] Cour EDH, arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, req. n° 22083/93, § 62 ; *RTDH* 1998, p. 781, obs. J. Sace ; Cour EDH, arrêt *Covezzi et Morselli c. Italie* du 9 mai 2003, req. n° 52763/99, § 102 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 11, obs. F. Sudre.

horizontales de la Convention. Ainsi, des arrêts relatifs à l'action en recherche de paternité[206], à l'accès aux origines de la personne née sous X[207], à la protection de la vie privée contre des articles de presse[208], à l'interprétation d'un contrat d'assurance souscrit par une personne transsexuelle[209] comportent la même assertion. Les obligations positives peuvent également impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie familiale jusque dans les relations des individus entre eux[210].

63. Le mécanisme des obligations positives et la diffusion horizontale des droits de l'Homme ont également atteint le droit de l'environnement sous couvert d'une protection du droit au respect de la vie privée et du domicile. L'arrêt *Lopez Ostra contre Espagne* du 9 décembre 1994[211] est un arrêt majeur de la jurisprudence horizontale en ce qu'il consolide « *de manière éclatante* »[212] la construction amorcée. L'ingérence provenant d'une entreprise privée[213], la Cour précisa que les autorités espagnoles « *n'étaient pas en principe directement*

---

[206] Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 50 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, arrêt *Ebru et Tayfun Engin Colak c. Turquie* du 30 mai 2006, req. n° 60176/00.

[207] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98 ; *JCP* 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; RTDH 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. Marguénaud. La requérante se plaignait de l'impossibilité où elle se trouvait d'obtenir des renseignements sur sa naissance, qui avait eu lieu dans les conditions « d'accouchement sous X ».

[208] Cour EDH, arrêt *Van Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, req. n° 59320/00, § 57 ; *RTD civ.* 2004, 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[209] Cour EDH, arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97, § 70 ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

[210] Cour EDH, arrêt *Reigado Ramos c. Portugal* du 22 novembre 2005, req. n° 73229/01, § 46.

[211] *AFDI* 1994, p. 658, chron. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, pp. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3, comm. F. Sudre.

[212] F. Sudre, *GACEDH*, p. 27.

[213] En l'espèce, une entreprise regroupant plusieurs tanneries fit construire et mettre en marche une station d'épuration en juillet 1988, sans avoir obtenu un permis de la municipalité. Les habitants du quartier où se situait cette station durent déménager aux frais de la commune durant l'été 1988, en raison des fumées polluantes, odeurs pestilentielles et bruits répétitifs provoqués par la station d'épuration. En septembre 1988, la municipalité ordonna la cessation partielle de l'une des activités de

responsables des émanations dont il s'agit »[214]. Elle considéra cependant, à l'instar de la Commission, que la ville avait permis l'installation de la station sur des terrains lui appartenant et que l'Etat avait octroyé une subvention pour sa construction. Dès lors, citant l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* à l'appui de sa démonstration, la Cour estima « *qu'en l'occurrence il lui suffit de rechercher si, à supposer même que la municipalité se soit acquittée des tâches qui lui revenaient d'après le droit interne, les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires pour protéger le droit de la requérante au respect de son domicile ainsi que de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8* »[215]. Elle conclut à la violation de l'article 8 de la CEDH en ce que les organes de l'Etat, par leur passivité et les entraves qu'ils ont établies, ont contribué à prolonger la situation litigieuse[216]. Pareillement, les rapports entretenus entre un propriétaire et son locataire ont été soumis aux dispositions européennes[217] et la protection du domicile contre l'occupation[218] ou les malveillances[219] d'un tiers requiert une prompte intervention de l'Etat.

---

la station. Madame Lopez Ostra, habitante du quartier évacué, saisit les juridictions espagnoles en raison de l'attitude passive de l'administration municipale face aux nuisances et risques causés par la station d'épuration installée à quelques mètres de sa maison, sans obtenir satisfaction. Après avoir provisoirement regagné leur logement, elle et sa famille déménagèrent en 1992. Devant les instances européennes la requérante allégua une violation des articles 8 et 3 de la Convention.

[214] § 52.

[215] § 55. La Commission européenne des droits de l'Homme formula une appréciation beaucoup plus explicite sur l'effet horizontal du litige : elle « *considère tout d'abord que les autorités espagnoles ne paraissent pas être à première vue responsables directs des violations alléguées par la requérante, la station d'épuration étant exploitée par une société privée. Toutefois, aux yeux de la Commission, cette circonstance ne saurait en elle-même exempter les autorités espagnoles des obligations découlant de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, la Commission note que le conseil municipal de Lorca a contribué de manière importante à l'installation de la station d'épuration puisque les terrains sur lesquels est située la station lui appartiennent. (…) Au-delà même du degré de responsabilité plus ou moins directe pouvant être imputée aux autorités municipales de Lorca, la Commission rappelle que selon la jurisprudence des organes de la Convention, celle-ci contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'Etat mais obligent l'Etat à protéger les droits de l'individu même contre les agissements d'autrui* », Rapport Comm. EDH du 31 août 1993, req. 16798/90, §§ 54-55.

[216] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, §§ 97-98 ; *JCP* 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2003, p. 1928, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004, req. 4143/02, § 55 ; GACEDH n ° 46, comm. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, déc. *Katharina Luginbühl c. Suisse* du 17 janvier 2006, req. n° 42756/02.

[217] Cour EDH, arrêt *Velosa Barreto* c. Portugal du 21 novembre 1995, Série A, n° 334 ; *JDI* 1996, p. 266, obs. P. Tavernier. Le requérant se plaignait de ne pas pouvoir donner congé à son locataire afin de résider dans son logement et, pour cette raison, de ne pas bénéficier de l'intimité qui lui aurait permis de développer sa vie familiale. Sans conclure en sa faveur du requérant, la Cour européenne affirma cependant que « *si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir la personne humaine contre les*

64. Un raisonnement identique est à l'origine de l'extension horizontale de la liberté d'expression[220], et de la liberté de réunion[221]. Ainsi, les juges européens estiment que « *tout comme l'article 8, (l'article 11) appelle parfois des mesures positives au besoin jusque dans les relations interindividuelles* »[222]. Dans les mêmes termes, les relations syndicales font l'objet d'une protection horizontale[223].

---

ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives et notamment celle de veiller au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations interpersonnelles » § 23.

[218] Cour EDH, arrêt *Novoseletskiy c. Ukraine* du 22 février 2005, req. n° 47148/99, § 68.

[219] Cour EDH, arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20 avril 2004, req. n° 48995/99, § 59. En l'espèce le titre de propriété du requérant avait été annulé au profit d'un voisin, lequel venait sur la propriété du requérant afin d'y commettre des vols et des dégradations. Le requérant avait également dû quitter son domicile après s'être vu interdire son accès par son voisin. En l'espèce, les autorités policières étaient restées passives, alors même que le requérant avait légalement recouvré la propriété de son terrain.

[220] Après avoir cité l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, la Cour affirme que « *l'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux* » Cour EDH, arrêt *Ozgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93, § 43 ; *RTDH* 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre. § 43 ; Cour EDH, arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, req. n° 44306/98, § 39.

[221] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte Für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. Un groupe de médecins prétendait ne pas avoir bénéficié d'une protection policière suffisante lors de leur manifestation contre l'avortement, puisque celle-ci fut troublée par des contre-manifestants.

[222] § 32. Cette protection a été reconnue en dépit de l'argument du Gouvernement autrichien, selon lequel l'article 11 ne vaut pas pour les relations entre particuliers et tend seulement à prémunir l'individu contre les ingérences directes de l'Etat ; Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Öllinger c. Autriche* du 29 juin 2006, req. n° 76900/01, § 37 : « *States may be required under Article 11 to take positive positives measures in order to protect a lawfull demonstration against counter-demonstrations* ».

[223] Cour EDH, arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, req. n° 15573/89 ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D.* 1997, p. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *GACEDH*, n° 61, comm. J.-P. Marguénaud. En l'espèce, un restaurateur fut victime du blocus de son établissement pour avoir refusé d'adhérer à l'un des syndicats patronaux de la restauration lui permettant d'être lié aux conventions collectives relevant de sa profession, et de signer un accord le rattachant à de telles conventions sans l'associer à un syndicat. Appelée à se prononcer à la suite de la saisine de la Commission européenne des droits de l'Homme par l'hôtelier, la Cour constata que « *les mesures que le requérant dénonce, même si la loi interne les tolère, ne concernaient pas une intervention directe de l'Etat. La responsabilité de la Suède se trouverait néanmoins engagée si ces mesures résultaient d'un manquement de sa part à l'obligation d'assurer à l'intéressé, dans sa législation interne, les droits garantis par l'article 11 de la Convention (…). Même si l'article 11 a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qui y sont énoncés, il peut en outre impliquer l'obligation positive d'assurer le respect effectif de ces droits* » (§ 45). Dès lors, elle conclut que « *les autorités nationales peuvent être obligées, dans certaines circonstances, d'intervenir dans les relations entre personnes privées en adoptant des*

65. Au terme de cet inventaire, la reconnaissance d'un effet horizontal des articles 8, 10 et 11 de la CEDH paraît résulter de l'existence préalable d'obligations positives. La généralisation de l'assertion extraite de l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* atteste en effet de l'enchaînement entre les deux techniques jurisprudentielles et de la possible implication horizontale des obligations positives. L'effet horizontal ne semble pas pouvoir être reconnu sans la médiation des obligations positives. Pourtant, la diffusion horizontale de la CEDH peut revêtir d'autres formes. En ce sens, la Cour développe depuis quelques années une jurisprudence fondant l'effet horizontal de la Convention sur l'article premier du texte européen et l'obligation générale qu'il contient à l'adresse des Etats. Alors que la jurisprudence relevée précédemment semble bien établie, on peut s'interroger sur l'opportunité d'ajouter un tel fondement à l'effet horizontal. Il convient donc de présenter les dispositions bénéficiant de cette seconde construction, avant d'analyser les motivations des juges européens.

§ II – L'EFFET HORIZONTAL FONDÉ SUR L'ARTICLE 1er DE LA CONVENTION

66. Si l'effet horizontal a été longtemps présenté comme résultant des obligations positives[224], une évolution jurisprudentielle vient nuancer la simplicité apparente de cette construction prétorienne. La Cour de Strasbourg a déduit de l'article 1er une obligation positive générale lui permettant d'imposer la protection de tous les droits consacrés et de justifier l'effet horizontal de certains d'entre eux. Les juges considèrent en effet que cette disposition « *ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des Etats membres à l'empire de la Convention* »[225]. L'arrêt *Young, James et Webster* édifiait ainsi l'effet horizontal de la liberté

---

mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le respect effectif du droit à la liberté de ne pas se syndiquer » (§ 45).

[224] F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, pp. 363-384, spéc. p. 369 et s. ; J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 3ème éd. 2005, p. 1-42 ; D. Spielmann, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* F. Sudre (Dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme, Colloque de Montpellier des 13 et 14 mars 1998* ; V. à l'inverse, plus récemment, *GACEDH*, p. 22 et s.

[225] Cour EDH, arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 29 ; *RTDH* 1999, p. 301, obs. B. Duarté ; *JCP* 1999, I, 105, n° 6 et 53, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 6, comm. M. Levinet et n° 60, comm. J. Andriantsimbazovina.

d’association sur cet article[226]. Aucune conséquence spécifique n’étant déduite des différentes obligations, la jurisprudence européenne donne le sentiment que les juges ont redécouvert l’utilité de l’article 1[er] CEDH et de l’obligation générale qu’il impose. En effet, après avoir renoncé pendant plusieurs années à justifier l’effet horizontal par l’obligation générale issue de l’article premier, les instances européennes ont peu à peu réintroduit cette disposition dans leurs décisions relatives aux litiges interpersonnels. Cette construction jurisprudentielle, que l’on pouvait croire réservée à certains droits intangibles garantis par la Convention[227], et plus précisément au droit à la vie et au droit à l’intégrité physique (A), a été ultérieurement étendue à certaines dispositions relatives du texte européen (B).

A/ UN FONDEMENT INITIALEMENT RÉSERVÉ A L’EFFET HORIZONTAL DES DROITS INTANGIBLES

67. Depuis quelques années, plusieurs arrêts font mention de la disposition liminaire afin de motiver la dimension horizontale de certains droits européens. Une réunion de l'article 1 de la Convention avec d'autres dispositions permet ainsi à la Cour d'étendre le champ des injonctions adressées aux Etats, procédé essentiellement circonscrit aux droits à la vie et à l'intégrité physique[228], auxquels s’est récemment ajouté le droit de ne pas être tenu en esclavage, ni en servitude.

68. S’agissant de la protection du droit à l’intégrité physique garanti par l’article 3 de la CEDH, les prémices de l’effet horizontal apparaissent dans un rapport rendu par la

---

[226] V. *supra*.

[227] L’article 15 de la CEDH permet en effet de déroger, en cas d’état d’urgence, à certaines obligations prévues par la Convention ; ces dérogations sont interdites s’agissant du droit à la vie, du droit à l’intégrité physique, de l’interdiction de l’esclavage et du principe de la légalité des délits et des crimes. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, préc. n° 116.

[228] Les instances européennes ont parfois eu recours à l'article 1 en matière de procès équitable, mais il s'agissait essentiellement de renforcer les obligations résultant directement de l'article 6 sans réellement étendre le champ des injonctions, à l'image de la jurisprudence relative aux articles 2 et 3. La Cour, par exemple, s'est référée à la disposition liminaire pour affirmer que le Portugal a « *l'obligation d'agencer son système judiciaire de manière à lui permettre de répondre aux exigences de l'article 6 § 1, notamment quant au délai raisonnable* », Cour EDH arrêt *Guincho c. Portugal* du 10 juillet 1984, série A n° 81, § 38.

Commission européenne des droits de l'Homme en 1991[229]. L'affaire concernait un écolier qui avait été victime de châtiments corporels infligés par le directeur du pensionnat privé où l'avaient inscrit ses parents. La Commission avait alors affirmé « *qu'en vertu de l'article premier de la Convention* », les Etats ont l'obligation de s'assurer que les enfants relevant de leur juridiction ne sont pas soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3[230]. La Cour rappela, quant à elle, que « *la responsabilité d'un Etat se trouve engagée quand la violation de l'un des droits et libertés définis dans la Convention dérive d'une infraction à l'article 1, aux termes duquel il les reconnaît dans son droit interne à toute personne relevant de sa juridiction* »[231] avant de conclure que « *l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou à des particuliers* »[232]. C'est pourquoi, elle estima que, bien qu'infligé par le chef d'un établissement privé, le traitement incriminé est de nature à engager la responsabilité du Royaume-Uni s'il est incompatible avec l'article 3, l'article 8 ou les deux[233]. En l'espèce, l'effet horizontal du droit à l'intégrité physique était donc justifié par l'article 1 et la notion de juridiction qui y est visée.

69. L'affaire *A contre Royaume-Uni*[234], également relative à des coups volontaires portés sur un enfant, a permis à la Cour de fonder plus explicitement l'effet horizontal du droit à l'intégrité physique sur l'articulation de l'article 3 avec l'article 1 de la Convention. En l'espèce, un jeune garçon avait été gravement frappé à coups de bâtons par son beau-père,

---

229 Comm. EDH, rapport du 8 octobre 1991, affaire *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87.

230 § 2 du rapport de la Commission : « *The Commission considers that Contracting States do have an obligation under article 1 of the Convention to secure that children within their jurisdiction are not subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment, contrary to art 3* ».

231 A la suite de cette citation, était visé le § 49 de l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni ;* Cour EDH, arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, série A n° 247-C, § 26 ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, pp. 775-778, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière.

232 § 27.

233 § 28. Le requérant prétendait que le traitement qui lui avait été infligé était contraire aux articles 3 et 8 de la CEDH. La Cour n'a constaté aucune violation de l'article 3 et a conclu que « *le traitement incriminé n'a pas nui à l'intégrité physique ou morale du requérant au point de relever de l'interdiction de l'article 8* », § 36 de l'arrêt.

234 Cour EDH, arrêt du 23 septembre 1998 req. n° 25599/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

lequel avait été relaxé des poursuites engagées contre lui. Le problème posé à la Cour était de déterminer si la responsabilité de l'Etat doit se trouver engagée au regard de l'article 3 du fait que l'enfant a été frappé par son beau-père. Elle considéra alors que « *combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers* »[235]. La protection exigée implique donc des mesures de prévention des ingérences privées[236]. Cette jurisprudence a été confirmée par la Grande Chambre de la Cour européenne lors de l'arrêt *Z et autres contre Royaume-Uni* du 10 mai 2001[237].

70. C'est l'obligation générale issue de l'article premier qui permet d'imposer une protection du droit à l'intégrité physique dans les relations entre personnes privées. Une décision de recevabilité rendue en 2004 illustre ce raisonnement[238]. La Cour a ainsi indiqué que « *les actes interdits par l'article 3 de la Convention n'engagent la responsabilité d'un Etat contractant que s'ils sont commis par des personnes exerçant une fonction publique* ». Puis, les juges ont ajouté que « *cependant, combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article*

---

[235] § 22.

[236] La Cour avait envisagé cet élargissement des obligations étatiques dans l'arrêt *H.L.R. contre France* du 29 avril 1997, req. n° 24573/94 ; *RUDH* 1997, p. 347, note N. Chauvin ; *JCP* 1998, I, 107, n° 9, obs. F. Sudre. Le requérant alléguait que s'il devait se voir expulser vers la Colombie, il y subirait des actes de vengeance privée. Le Gouvernement français avait avancé l'argument selon lequel « *on ne saurait interpréter l'article 3 comme s'appliquant aussi aux cas où le risque de tels traitements émane exclusivement de particuliers ou de groupes de particuliers qu'au prix d'un élargissement considérable du champ d'application de la Convention* » (§ 32). La Cour avait alors rappelé que lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant, l'article 3 « *implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays* » (§ 34). Puis elle avait ajouté qu' « *en raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique* » (§ 40). Mais c'est avec l'assise donnée par l'article 1 qu'elle franchira l'étape envisagée. L'espèce n'avait pas donné lieu à un constat de violation.

[237] Req. n° 29392/95, § 73 ; JCP 2001, I, 342, n° 3, obs. F. Sudre. L'arrêt de Chambre *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, comporte un énoncé similaire (§ 149) ; *RTD civ.* 2004, 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

[238] Cour EDH, 2ème sect., déc. *97 membres de la Congrégation de Gldani des témoins de Jéhovah et quatre autres contre la Géorgie* du 6 juillet 2004, req. n° 71156/01.

1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers ». C'est donc l'article 1 qui justifie l'effet horizontal de l'article 3 de la CEDH. Le recours à la disposition liminaire du texte européen permet ainsi de légitimer un devoir de prévention des atteintes à l'intégrité physique, quel que soit leur auteur, à la charge des Etats.

71. Le droit à la vie, garanti par l'article 2 de la CEDH, est également applicable dans les relations entre personnes privées. Sur ce point, l'arrêt de référence a été rendu dans l'affaire *Osman contre Royaume-Uni*, le 28 octobre 1998[239]. En l'espèce, le père et mari des requérants avait été assassiné alors que les autorités policières avaient été avisées à plusieurs reprises des dangers encourus. En réponse aux arguments présentés, la Cour européenne note que « *la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* »[240]. L'article premier de la Convention n'est pas cité, mais l'insertion de la notion de juridiction évoque incontestablement la première disposition du texte européen. La Cour a ensuite indiqué que l'article 2 peut, « *dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »[241], avant de préciser que l'interprétation de ce devoir doit être compatible « *avec les exigences de l'article 1 de la Convention et avec l'obligation pour les Etats contractants au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument, y compris par l'article 2* »[242]. Il semble donc que les exigences de l'article premier soient sous-jacentes à l'interprétation de l'article 2 et que le devoir de protéger le droit à la vie contre les ingérences d'autrui est sanctionné sur le fondement d'une combinaison implicite de

---

[239] Req. n° 23452/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

[240] § 115.

[241] *Ibidem*.

[242] § 116.

l'article 2 et de l'article premier[243]. Cette appréciation est motivée par la présence de la notion de juridiction et par le fait que la Cour interprète les obligations étatiques à l'aune de l'article 1. Par ailleurs, à l'instar de la jurisprudence relative à l'article 3, l'obligation de protection comprend le devoir de prendre préventivement les mesures nécessaires à la protection d'un individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui[244].

72. Parallèlement à la diffusion horizontale, il doit être précisé qu'une association de l'article 1 avec les articles 2 et 3 a permis à la Cour d'ajouter un volet procédural à ces dispositions conventionnelles. Cette évolution jurisprudentielle a été réalisée lors de l'affaire *McCann et autres contre Royaume-Uni*[245]. Ainsi la Cour a-t-elle pu constater que l'obligation de protéger le droit à la vie, combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 « *implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme* »[246]. Or, les relations privées sont également visées par cette obligation, qui « *ne vaut pas seulement pour le cas où il a été établi que la mort avait été provoquée par un agent de l'Etat. Le simple fait que les autorités soient informées du décès donnerait ipso facto naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête efficace sur les circonstances dans lesquelles il s'est*

[243] Les arrêts ayant des implications horizontales et rendus postérieurement à l'affaire *Osman* reprennent la formulation contenue dans l'arrêt de 1998 : Cour EDH arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 54 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 67 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 3 et 23, obs. F. Sudre.

[244] Arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, préc., § 115-116.

[245] Cour EDH, arrêt *McCann et autres c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, série A n° 324 ; *RTDH* 1996, p. 229, obs. A. Reuteir-Korkmaz ; *GACEDH*, n° 10, comm. M. Levinet. En l'espèce, trois membres de l'Armée républicaine irlandaise, soupçonnés de préparer un attentat à la bombe, avaient été tués par des forces de sécurité du Royaume-Uni.

[246] *« Une loi interdisant de manière générale aux agents de l'Etat de procéder à des homicides arbitraires serait en pratique inefficace s'il n'existait pas de procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'Etat », Ibidem*, § 161 ; Cour EDH, arrêt *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, req. n° 22729/93, § 86 ; arrêt *Yasa c. Turquie* du 2 septembre 1998, req. n° 22495/93, § 98 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre ; arrêt *Kiliç c. Turquie* du 28 mars 2000, req. n° 22492/93, § 78 ; Cour EDH, arrêt *Ekinci c. Turquie* du 18 juillet 2000, req. n° 25625/94, § 77 ; *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 69 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

produit »[247]. L'article 3 a fait l'objet d'une construction identique[248]. Cette extension procédurale de l'article 3 bénéficie également aux relations horizontales puisqu'une « *telle obligation positive ne saurait en principe être limitée aux seuls cas de mauvais traitements infligés par des agents de l'Etat* »[249]. Les exigences procédurales amarrées aux articles 2 et 3[250], interprétés au regard de l'article premier, offrent ainsi aux juges européens la possibilité de constater une violation quand bien même l'allégation d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ne pourrait être établie[251].

---

[247] Cour EDH, arrêt *Ekinci c. Turquie* du 18 juillet 2000, req. n° 25625/94, § 78 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 89 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

[248] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, req. n° 26772/95 ; *RTDH* 2001, p. 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JCP* 2001, I, 291, n° 7, obs. F. Sudre. L'affaire était relative à l'allégation de mauvais traitements subis par un présumé membre de la mafia italienne lors d'une détention provisoire. L'arrêt précise que lorsqu'un individu « *affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services de l'Etat, des traitements contraires à l'article 3, cette disposition combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention (…), requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective* », § 131. Cour EDH, arrêt *Caloc c. France* du 20 juillet 2000, req. n° 33951/96, § 89 ; *JCP* 2001, I, 291, n° 9, obs. F. Sudre. La Cour s'était déjà prononcée en ce sens dès 1998, mais semblait exiger l'allégation de « *graves sévices illicites et contraires à l'article 3* », Cour EDH, arrêt *Assenov et autres c. Bulgarie* du 28 octobre 1998, req. n° 24760/94, § 102 ; *RTDH* 1999, p. 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP* 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre.

[249] Cour EDH, arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, § 151 ; *RTD civ.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

[250] La Cour, avec une certaine assurance, évoque d'ailleurs « *la protection procédurale du droit à la vie prévue à l'article 2 de la Convention* », Cour EDH, arrêt *Kaya c. Turquie*, préc., § 87 ; C'est pourquoi, certains arrêts ne font pas mention de l'article premier mais uniquement de l'article 2 § 1, Cour EDH, arrêt *Ismail Ertak c. Turquie* du 9 mai 2000, req. n° 20764/92, § 134 ; *JCP* 2001, I, 291, n° 31, obs. F. Sudre.

[251] En effet, lorsque la Cour estime que les faits ne sont pas suffisamment solides pour lui permettre de conclure « *au-delà de tout doute raisonnable* » à violation de la Convention, elle peut constater une violation du droit à la vie ou à l'intégrité physique, non en raison des allégations du requérant, mais de l'insuffisance d'enquête : Cour EDH, arrêt *Kaya c. Turquie*, préc., §§ 78 et 92 ; arrêt *Yasa c. Turquie*, préc., §§ 97 et 107 ; arrêt *Assenov et autres c. Bulgarie*, préc., §§ 100 et 106 ; arrêt *Labita c. Italie*, préc., §§ 129 et 136 ; Pour une critique des solutions ainsi adoptées, V. l'opinion dissidente de M. le juge Gölcülku sous l'arrêt *Kaya c. Turquie*, § 12 ; Sur les risques d'une approche uniquement procédurale de la situation, V. l'opinion partiellement dissidente commune à M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, M. Makarczyk, Mme Tulkens, Mme Stráznická, M. Casadevall et M. Zupancic, juges, sous l'arrêt *Labita c. Italie*, préc., §1. Toutefois, une violation du volet substantiel peut se doubler d'une violation du volet procédural, Cour EDH, arrêt *Ismail Ertak c. Turquie*, préc., §§ 133 et 135 ; Cour EDH, arrêt *Kiliç c. Turquie*, préc., §§ 77 et 83. La Grande Chambre de la Cour a par ailleurs constaté une violation de l'article 3 en raison des tortures infligées au requérant mais refusé de constater une violation procédurale de ce même article, préférant examiner l'allégation d'absence d'enquête sous l'angle de l'article 13, Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilhan c. Turquie* du 27 juin 2000, req. n° 22277/93, § 93 ; *JCP* 2001, I, 291, n° 8, obs. F. Sudre.

73. C’est encore l’article 1er qui a permis à la Cour de consacrer l’applicabilité horizontale de l’article 4 de la CEDH[252]. Les conseils de la requérante, s’appuyant sur la jurisprudence relative aux articles 2 et 3, considéraient que l’exploitation dont leur cliente avait été victime s’analysait en une méconnaissance de « *l’obligation positive qui incombe à l’Etat, en vertu des articles 1 et 4 combinés de la Convention* » d’adopter une législation pénale permettant de prévenir ces actes et de réprimer leurs auteurs[253]. La Cour rappela alors, en introduction de son raisonnement, « *qu’il a déjà été établi que, concernant certaines dispositions de la Convention, le fait que l’Etat s’abstienne de porter atteinte aux droits garantis ne suffit pas pour conclure qu’il s’est conformé aux engagements découlant de l’article 1 de la Convention* ». Après cette affirmation, la Cour présentait des extraits des arrêts *Marckx c. Belgique*, *X et Y c. Pays-Bas* et *A. c. Royaume-Uni* et examinait les exigences de plusieurs conventions internationales. En conclusion, la Cour estima que « *limiter le respect de l’article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l’Etat irait à l’encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa substance. Dès lors, il découle nécessairement de cette disposition des obligations positives* » impliquant l’adoption de dispositions pénales[254]. Il ressort de cet arrêt que, sans reprendre la technique de la combinaison de l’article 1 avec une autre disposition conventionnelle, la Cour place son interprétation de l’article 4 sous l’égide de l’article premier de la CEDH. Cet arrêt témoigne de l’importance prise par l’article 1 de la Convention dans la jurisprudence européenne, et plus particulièrement dans le développement des obligations positives et de l’effet horizontal.

74. L’article premier, dont la sollicitation est désormais classique s’agissant de la protection du droit à l’intégrité physique et du corollaire procédural des articles 2 et 3, a été combiné avec certains droits conventionnels relatifs, permettant ainsi d’étendre la diffusion de l’effet horizontal.

---

[252] Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 ; *JCP* 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss ; *D.* 2006, p. 346, note D. Roets.

[253] § 65.

[254] Sur les conséquences de cette jurisprudence en droit français, V. D. Roets, *op. cit*.

B/ UN FONDEMENT PROGRESSIVEMENT ÉTENDU A L'EFFET HORIZONTAL DES DROITS RELATIFS

75. Selon la jurisprudence précédemment présentée, l'effet horizontal des droits relatifs issus de la Convention semble fondé sur les obligations positives spéciales et la jurisprudence *X et Y contre Pays-Bas*[255]. Néanmoins, des arrêts récemment rendus par la Cour de Strasbourg intègrent l'article premier dans la construction de l'effet interindividuel de la liberté d'expression, du droit à la protection de la propriété ou encore du droit à la liberté et à la sûreté. Cette jurisprudence n'est toutefois pas entièrement novatrice puisque la Commission européenne des droits de l'Homme avait déjà, lors de certaines décisions sur la recevabilité, examiné des litiges interpersonnels en considération de l'obligation étatique issue de l'article premier.

76. L'arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken contre Suisse* du 28 juin 2001[256] établit une applicabilité horizontale de la liberté d'expression fondée sur l'article 1 de la CEDH. En l'espèce, une association protectrice des animaux alléguait une violation de l'article 10 de la CEDH en raison du refus de diffusion d'une publicité, que lui avait opposé une société privée suisse[257]. Dès lors, la Cour décide de rechercher en premier lieu si l'action litigieuse relève de la juridiction du Gouvernement défendeur, c'est-à-dire si elle lui est imputable[258]. Elle rappelle qu' « *aux termes de l'article 1 de la Convention, les Etats contractants "reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (…) dans [la] Convention"* ». Elle poursuit, en précisant que, « *ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire Marckx c. Belgique, à l'engagement plutôt négatif d'un Etat de s'abstenir de toute*

[255] Préc.

[256] Req. n° 24699/94 ; *AJDA* 2001, p. 1074, obs. J.-F. Flauss ; *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir.

[257] Le Gouvernement estimait que le litige impliquait des relations entre des personnes morales de droit privé et que, à supposer que l'article 10 soit applicable, les autorités suisses ne seraient responsables qu'en ce qui concerne les obligations positives qui leur incombent en vertu de cette disposition. De même, il jugeait que la société suisse avait agit en tant que personne privée jouissant de la liberté contractuelle. Enfin, il vantait la « *jurisprudence exemplaire* » du Tribunal fédéral selon laquelle tant les droits constitutionnels que les droits tirés de la Convention peuvent s'appliquer « *horizontalement* ».

[258] A cet égard, elle affirme prendre en considération l'argument étatique, selon lequel la société avait agi en tant que partie privée jouissant de la liberté contractuelle.

ingérence dans les droits garantis par la Convention "peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes" à ces droits. La responsabilité d'un Etat peut donc être engagée s'il n'a pas respecté son obligation d'édicter une législation interne »[259]. Après avoir informé de l'inutilité d'élaborer une théorie sur les conditions d'application de la Convention aux relations entre personnes privées, la Cour poursuit en affirmant qu'il lui « *suffit de dire* » que la société, puis le tribunal compétent, se sont fondés sur le droit interne. Or, c'est le droit interne, tel qu'interprété par les juridictions compétentes, qui a légitimé le traitement dont se plaint l'association requérante. Dans ces circonstances, la juridiction européenne « *estime que la responsabilité de l'Etat défendeur au sens de l'article 1 de la Convention pour tout manquement à l'article 10 de la Convention qui en résulterait peut être engagée de ce fait* »[260]. Enfin, la Cour énonce, sans démonstration supplémentaire, que « *la responsabilité de l'Etat défendeur ayant été établie, le refus de diffuser la publicité de l'association requérante s'analyse en une "ingérence par une autorité publique" dans l'exercice du droit garanti par l'article 10* »[261].

77. Aux termes de cet arrêt, il est possible de considérer que l'article premier de la CEDH, et la notion de juridiction qu'il contient, fondent l'effet horizontal de la liberté d'expression tandis que la technique des obligations positives issues de l'arrêt *Marckx* justifie l'obligation d'adopter une législation. Néanmoins, la logique de la Cour est confuse. En effet, alors que l'effet horizontal de la liberté d'expression a déjà été reconnu sur le fondement des obligations positives[262], les juges adoptent en l'espèce un nouveau raisonnement, intégrant l'article 1 de la CEDH. La Cour s'est inspirée pour cela de l'arrêt *Young, James et Webster*. Cependant, le recours à la jurisprudence *Marckx* obscurcit la compréhension du raisonnement européen, puisque cet arrêt n'a jamais été interprété comme établissant un effet horizontal. La Cour énonce également l'obligation d'adopter une législation alors qu'en l'espèce celle-ci existait déjà, le problème relevant seulement de son interprétation. De même, la Cour évoque les obligations positives, technique sanctionnant habituellement la passivité étatique, puis

---

[259] § 45.

[260] § 47 ; cette solution sera commentée ultérieurement, V. *infra*.

[261] § 48.

[262] Cour EDH, arrêt *Ozgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93, § 43 ; *RTDH* 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

estime qu'il y a en l'espèce ingérence, terme associé aux obligations négatives[263]. Enfin, il est assez insolite que la Cour affirme que la responsabilité de l'Etat est établie avant d'avoir vérifié si les conditions d'un constat de violation sont réunies. La confusion résultant de cette décision provient peut-être du fait qu'elle a pour fondement l'amalgame d'un arrêt ayant un effet horizontal (*Young, James et Webster*) et d'un arrêt ne contenant pas un tel effet (*Marckx*). L'absence d'articulation logique de ces jurisprudences altère la cohérence de l'appréciation retenue par la Cour. Il convient néanmoins de retenir que l'effet horizontal de la liberté d'expression peut être fondé sur l'article 1er de la Convention.

78. C'est également en motivant son raisonnement par l'article premier de la CEDH, que la Cour a octroyé une dimension horizontale au droit de propriété dans l'arrêt *Sovtransavto holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002[264]. En l'espèce, la requérante est une société anonyme qui détenait 49 % des actions d'une autre société anonyme. Après diverses modifications des actes statutaires, homologuées par un organe municipal, la part de capital détenue par la requérante diminua considérablement. N'ayant pas obtenu satisfaction devant les juridictions nationales, elle allégua devant la Cour strasbourgeoise que l'homologation, par un organe public, de la décision du directeur d'une société de dévaloriser ses actions avait entraîné une atteinte au droit au respect de ses biens. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 1 de la Convention, chaque Etat reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans ce texte. Puis, elle affirme que « *cette obligation de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut entraîner pour l'Etat des obligations positives* » telles que celles dégagées dans l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*[265]. Enfin, elle relève que « *en ce qui concerne le droit garanti par l'article 1 du Protocole n° 1, de telles obligations positives peuvent impliquer certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété, même dans le cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales* » avant d'énoncer qu'en « *particulier, cela implique pour l'Etat une obligation de fournir une procédure judiciaire qui soit dotée des garanties de procédure nécessaires et qui permette donc aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout*

[263] V. *infra*.

[264] Req. n° 48553/99 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2004, p. 534, obs. J.-F. Flauss.

[265] Cour EDH, arrêt du 26 mars 1985, série A, n° 91, §§ 22-23, préc.

éventuel litige entre des personnes privées »[266]. La construction de l'effet horizontal est ici différente de celle retenue dans l'arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken*. En l'espèce, il apparaît que les obligations positives jurisprudentielles sont exigées par l'article premier. Cette disposition implique une effectivité en vue de laquelle des obligations positives sont établies, obligations pouvant inclure l'applicabilité interindividuelle du droit de propriété. L'effet horizontal de l'article 1 du premier protocole est donc justifié par les obligations positives, lesquelles sont motivées par l'article 1er de la Convention. La Cour hiérarchise ainsi les deux fondements de l'application interindividuelle des droits de l'Homme. Par ailleurs, l'obligation étatique de nature procédurale, n'est pas sans faire penser à la combinaison des articles 2 et 3 avec la disposition liminaire. Cette extension du droit de propriété est peut-être à l'origine de la référence à l'article 1 de la CEDH[267].

79. Enfin, dans un arrêt *Storck contre Allemagne*, rendu le 16 juin 2005[268], la troisième section de la Cour a retenu et justifié l'applicabilité horizontale de l'article 5 par l'article premier de la Convention. La requérante avait saisi l'instance strasbourgeoise car elle se plaignait d'avoir été internée dans une clinique psychiatrique privée contre son gré et à la demande de son père avec lequel elle avait un différent[269]. La Cour décide donc de rechercher si la détention pouvait être imputable à l'Etat en raison d'un manquement à son obligation positive de protéger la requérante contre les atteintes à sa liberté par des personnes privées[270]. Pour ce faire, elle rappelle que la responsabilité d'un Etat se trouve engagée quand la

[266] § 96 de l'arrêt.

[267] Sur les motivations des différents raisonnements de la Cour, V. *infra*.

[268] Req. n° 61603/00 ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

[269] Elle se plaignait également d'avoir été soumise à des traitements médicaux auxquels elle n'avait pas consenti, et enfin de n'avoir pas bénéficié d'une procédure équitable en droit interne. Les circonstances de l'affaire font apparaître que la requérante avait été hospitalisée à la demande de son père, qu'elle ne présentait aucun symptôme de schizophrénie et que son comportement s'expliquait par ses conflits familiaux.

[270] § 100. Trois aspects de l'affaire pouvaient engager la responsabilité de l'Etat. Premièrement, la privation de liberté peut être imputée à l'Etat en raison de la participation directe des autorités publiques puisque les forces de police ont reconduit la requérante à la clinique d'où elle s'était échappée. Deuxièmement, l'Etat peut être responsable du fait que les autorités publiques n'ont pas interprété le recours de la requérante à la lumière de l'article 5. Troisièmement, l'Etat peut être responsable pour violation de son obligation positive de protéger la requérante des ingérences provenant de personnes privées (§ 89). Il conviendra de revenir sur le second point de la démonstration puisque la Cour y affirme en substance que, pour garantir les droits protégés par la Convention, les juridictions nationales étatiques ont l'obligation d'interpréter les dispositions de droit interne conformément à l'esprit de ces droits (§ 93).

violation de l'un des droits et libertés définis dans la Convention dérive d'une infraction à l'article 1 aux termes duquel il les reconnaît dans son droit interne à toute personne relevant de sa juridiction, ce qui implique une protection contre les personnes privées[271]. Néanmoins, seule la première phrase de l'article 5 § 1 de la CEDH[272] peut être appliquée dans les rapports interindividuels[273], la seconde étant réservée aux cas de privation de liberté par les autorités publiques[274]. En l'espèce, l'internement n'ayant pas été autorisé, les juges européens concluent qu'il y a eu violation de l'article 5[275]. L'effet horizontal de l'article 5 est désormais explicitement reconnu.

80. La Cour avait déjà été invitée à se prononcer, lors de l'affaire *Nielsen contre Danemark*[276], sur l'hospitalisation d'un mineur dans un pavillon de psychiatrie infantile à la demande de sa mère. Elle avait conclu à l'absence de privation de liberté au sens de l'article 5 au motif que l'hospitalisation relevait de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour avait ajouté qu'il n'y avait pas lieu d'examiner plus avant la question « *de l'application éventuelle de l'article 5 à des privations de libertés résultant de l'action de particuliers* »[277]. De nombreux juges européens avaient alors contesté, par différentes opinions dissidentes, la solution retenue[278]. Ils avaient insisté sur les dangers de l'absence de contrôle de la décision parentale et les risques d'abus qui pouvaient en résulter. Désormais, la Cour impose explicitement aux Etats de contrôler le respect du droit à la liberté dans les relations privées.

---

271 § 101.

272 Article 5 § 1, première phrase : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

273 § 102 et § 110.

274 La seconde phrase de l'article 5 § 1 précise que « Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales ». La suite de la disposition énonce des cas de détention ou d'arrestation par les autorités publiques. V. I. Soumy, *RTDH* 2006, p. 237.

275 Pour la même raison, le traitement médical imposé constitue une violation de l'article 8 de la CEDH.

276 Cour EDH, arrêt du 28 novembre 1988, série A n° 144.

277 § 73.

278 La Cour avait rejeté l'application de l'article 5 par neuf voix contre sept, ce qui explique les nombreuses opinions dissidentes ; Opinion dissidente commune à MM. Thor Vilhjalmsson, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carillo Salcedo et Valticos ; opinion dissidente commune à MM. Thor Vilhjalmsson, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer et Valticos ; opinion dissidente commune à MM. Pettiti et De Meyer ; Opinion séparée de M. Pettiti ; opinion dissidente de Carillo Salcedo.

L'article premier de la Convention fonde cette extension importante de la protection accordée par l'article 5, qui implique des obligations positives applicables jusque dans les relations interpersonnelles.

81. Enfin, dans une décision du 21 février 2002[279] concluant à l'irrecevabilité de la requête, la Cour s'est prononcée sur le respect du droit à l'image entre personnes privées, en motivant la dimension interindividuelle de l'article 8 par l'article premier. La Cour a affirmé que l'article 8, combiné avec l'obligation imposée par l'article 1 de garantir l'effectivité des droits issus de la Convention, peut impliquer une obligation positive pour l'Etat de prendre des mesures protégeant la vie privée des individus, en relation avec l'exercice par des tiers de leur droit à la liberté d'expression et en tenant compte des devoirs et responsabilités évoqués dans l'article 10[280]. Ici encore la combinaison de l'article 1 avec une autre disposition de la Convention justifie l'existence d'obligations positives pouvant s'étendre aux relations entre personnes privées. Il faudra s'interroger sur les motivations du recours à l'article 1 alors que les nombreux arrêts retenant une application horizontale de l'article 8 ne mentionnent pas la première disposition de la Convention mais se fondent uniquement sur le seul arrêt *X et Y contre Pays-Bas*[281].

82. Une attention particulière doit être portée à la technique ainsi mise en place et au potentiel d'interprétation que se réserve la Cour. Cette construction permet aux juges européens d'élargir l'étendue des obligations positives grâce à la faculté de combinaison de l'article liminaire, présenté depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 sous l'intitulé « Obligation de respecter les droits de l'Homme », avec l'ensemble des autres garanties de la Convention. C'est pourquoi il est possible d'envisager un accroissement des dispositions conventionnelles exigeant une intervention positive de l'Etat et par-delà une expansion du rayonnement horizontal de la Convention. Le récent arrêt *Storck*, relatif à l'application

---

[279] Cour EDH, déc. *Schüssel c. Autriche* du 22 février 2002, req. n° 42409/98.

[280] "*The Court recalls that Article 8 taken in conjonction with the obligation to secure the effective exercise of Convention rights imposed by Article 1 may involve a positive obligation on the State to provide a measure of protection for individual's private life in relation to exercise by third parties of the right to freedom of expression bearing in mind the duties and responsabilities referred to in Art 10. The absence of a remedy in relation to the publication of information relating to private affairs may constitute a lack of respect for private life*".

[281] Préc.

interindividuelle de l'article 5, est en ce sens exemplaire. Par ailleurs, à une époque où la Cour recourait abondamment aux seules obligations positives afin d'examiner des litiges interindividuels, la Commission suivait déjà un raisonnement intégrant l'article 1er du texte européen et fondant les obligations positives et l'effet horizontal sur cette disposition ; il en fut ainsi dans des affaires relatives à conciliation des obligations professionnelles avec la liberté d'expression[282], ou la liberté de religion[283], ou encore s'agissant de la protection prévue à l'article 8 contre le harcèlement de personnes privées[284].

---

[282] Com. EDH, Déc. *Rommelfanger c. R.F.A.* du 6 septembre 1989, req. n° 12242/86. Le requérant avait été licencié par l'hôpital catholique qui l'employait parce qu'il avait pris position en faveur de la législation sur l'avortement. Il était en effet lié par un contrat dont une clause exigeait de lui un comportement, pendant et hors de son temps de travail, en accord avec les principes chrétiens. Les Commissaires strasbourgeois précisèrent que l'article 1er exige des Etats qu'ils garantissent les droits issus de la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et que, dans certains cas, il peut être nécessaire que les Hautes Parties contractantes adoptent des mesures positives afin d'assurer l'effectivité de ces droits. Après avoir examiné l'interprétation de la loi par les juridictions allemandes, la Commission décida que l'Etat n'avait pas l'obligation d'adopter des mesures allant au-delà de la protection déjà existante, et déclara la requête irrecevable.

[283] Com. EDH, déc. *Louise Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, req. n° 29107/95. Une salariée de confession chrétienne avait été licenciée par l'entreprise privée qui l'employait, parce qu'elle refusait de travailler le dimanche. Reprenant l'approche adoptée dans la décision *Rommelfanger*, la Commission souligna que la requérante avait été employée puis licenciée par une entreprise privée, ce qui excluait la responsabilité directe de l'Etat dans le licenciement. Elle rappela cependant l'obligation générale inscrite à l'article 1 de la CEDH, ainsi que la jurisprudence *Young, James et Webster* et conclut que, si la violation de l'un des droits ou libertés garantis par la Convention résulte du non respect de cette obligation générale par la loi interne, la responsabilité de l'Etat peut être engagée. Com. EDH, déc. *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, req. n° 24949/94 : Le requérant, salarié de la société finlandaise des chemins de fer, avait été licencié parce qu'il refusait d'observer ses horaires de travail, incompatibles avec les exigences de sa religion. Or, la Commission précisa, en se fondant sur la combinaison des articles 1 et 14 de la Convention et sur l'arrêt de la Cour européenne *Vogt contre Allemagne* du 26 septembre 1995 (Série A n° 323, § 43 ; l'affaire concernait l'exclusion d'une enseignante de la fonction publique en raison de ses activités politiques au sein du Parti communiste allemand) que le licenciement est susceptible, dans certaines circonstances, de relever de l'article 9 de la CEDH.

[284] Comm. EDH, déc. *Whiteside c. Royaume-Uni* du 7 mars 1994, req. n° 20357/92. En l'espèce, une mère de famille, invoquant les articles 8 de la Convention et 1 du premier Protocole, se plaignait d'être harcelée par son ancien concubin, le père de ses deux enfants. La Commission européenne des droits de l'Homme a rejeté la requête pour non épuisement des voies de recours internes, mais a affirmé au préalable que l'obligation, imposée par l'article premier, d'assurer l'effectivité des droits garantis par la Convention peut impliquer des obligations positives, lesquelles peuvent nécessiter l'adoption de mesures jusque dans les relations des individus entre eux : « *The Commission recalls that the obligation to secure the effective exercice of Convention rights imposed by Article 1 of the Convention may involve positive obligations on a State and that these obligations may involve the adoption of measures even in the sphere of relations between individuals* » ; A la suite de cette affirmation, la Commission se réfère au paragraphe 22 de l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* du 26 mars 1985.

83. En conclusion, si l'effet horizontal est bien établi parmi les méthodes d'interprétation de la Convention il conserve pour le moins un caractère incertain, la Cour faisant appel alternativement aux obligations positives fondées sur la disposition dont la violation est alléguée ou à l'article premier en combinaison avec un autre droit conventionnel. Ainsi, une dichotomie s'opère entre ce que nous pourrions qualifier les obligations positives spéciales et une obligation positive générale. On peut s'interroger sur la nécessité de fonder l'effet horizontal sur l'article premier, alors que depuis près de trente ans les obligations positives prétoriennes suffisaient à justifier l'extension interpersonnelle de la Convention. De même, l'article premier implique-t-il directement un effet horizontal ou entraîne-t-il des obligations positives qui elles-mêmes peuvent avoir des prolongements horizontaux ? Afin de répondre à ces interrogations, il convient de déterminer les motivations d'une telle variation de fondements.

SECTION II – L'ARTICULATION DES FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL

84. La recension des arrêts diffusant horizontalement les dispositions de la Convention fait émerger deux fondements à cette technique jurisprudentielle. Aussi convient-il de s'interroger sur ce qui commande le choix par la Cour européenne de telle ou telle construction. Il se peut également qu'il ne s'agisse pas d'un véritable choix effectué mais d'un simple hasard rédactionnel révélateur du défaut de méthode des juges de Strasbourg. Afin de répondre à cette interrogation il est nécessaire d'établir l'intérêt respectif de chaque méthode d'élaboration de l'effet horizontal (§ I) puis d'étudier les critères d'application et d'articulation de chacun de ces fondements (§ II).

§ I – L'INTÉRÊT DES DIFFÉRENTS FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL

85. Si une théorisation de l'effet horizontal est difficile à établir à partir de la jurisprudence strasbourgeoise, la motivation des divers raisonnements européens est plus intelligible. En effet, quelle que soit la configuration de la dimension interpersonnelle de la Convention, la Cour a toujours pour dessein l'effet utile des garanties européennes et leur respect sans considération de la qualité de la personne à l'origine de l'ingérence. Or, afin

d'atteindre cet objectif, elle doit pourvoir imputer une action individuelle à l'Etat. Tant les obligations positives spéciales que l'obligation positive générale concourent à ce résultat (A), mais ces deux constructions de l'effet horizontal ne répondent pas aux mêmes critères d'application (B).

A/ UN OBJECTIF COMMUN D'IMPUTABILITÉ DES ACTIONS INDIVIDUELLES A L'ÉTAT

86. La responsabilité de l'Etat pour les violations commises par des particuliers, aujourd'hui acquise devant les organes de contrôle européens, n'avait pas été exigée par les rédacteurs de la Convention. Les deux supports de l'effet horizontal ont permis de passer outre le texte de 1950 et d'imputer à l'Etat des ingérences provenant de personnes privées. Ordinairement, les normes internationales offrent des garanties aux sujets de droit interne sans exiger en retour, sauf exception[285], le respect de certaines obligations. La Convention européenne, protectrice des droits de l'Homme, va également en ce sens (1). Il était donc nécessaire, afin de faire respecter le texte de 1950 dans les relations interpersonnelles, de relier l'ingérence individuelle au comportement étatique (2).

1/ L'irresponsabilité conventionnelle de la personne privée

87. La CEDH n'impose aux ressortissants aucune obligation dont la violation pourrait être sanctionnée par ses instances de contrôle. Seul l'exercice de la liberté d'expression, comprenant la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées[286], comporte « *des devoirs et des responsabilités* » et peut être soumis à certaines formalités[287]. Néanmoins, cette exigence ne constitue pas une obligation dont l'individu aurait à répondre et pour laquelle sa responsabilité pourrait être mise en cause devant les organes de contrôle européens. La Cour européenne n'est clairement compétente, *ratione personae*, que pour les violations commises par l'un des Etats signataires. Tant les recours individuels que les saisines étatiques sont ainsi limités. L'article 34 de la CEDH précise que « *la Cour peut*

---

[285] J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 6ème éd., Montchrétien, coll. Domat, 2004, p. 535.

[286] Article 10 § 1 CEDH.

[287] Article 10 § 2 CEDH.

être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »[288]. Quant aux requêtes formées par un Etat, elles ne peuvent être dirigées que contre « *tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles (que la Haute partie contractante) croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante* »[289].

88. Une mise en cause indirecte des particuliers avait pourtant été envisagée par les rédacteurs du texte de 1950. Le projet de Convention, présenté par le Mouvement européen en juillet 1949, prévoyait en effet que la Cour pourrait « *prescrire des mesures de réparation, ou requérir de l'Etat intéressé des mesures pénales ou administratives contre toute personne responsable de la violation, ou l'annulation, la suspension ou l'amendement de la décision incriminée* »[290]. Un tel projet visait très probablement les organes étatiques mais aurait pu servir de fondement à l'engagement, postérieur à un constat de violation, de la responsabilité d'une personne privée. Ce type de sanction ne fut pas admis par l'ensemble des rédacteurs et fut donc rejeté[291]. De même, les répercussions d'un constat de violation sur le particulier à l'origine de l'ingérence sont limitées en raison du caractère non exécutoire des arrêts strasbourgeois et de l'absence de procédure de révision des décisions internes, impliquant uniquement des particuliers[292]. Dès lors, toute personne privée est à l'abri des sentences européennes, sa responsabilité ne pouvant être retenue ni directement, ni indirectement, par le juge strasbourgeois.

89. Ainsi, la situation réservée par la Convention européenne aux personnes privées ne leur confère pas la qualité de sujet de droit international. Est, en effet, qualifié sujet de droit international celui qui est titulaire de « *droits et d'obligations établis directement par le droit*

---

[288] Article 34 CEDH.

[289] Article 33 CEDH.

[290] *T.P.*, vol. I, pp. 301-303 ; J. L. Sharpe, « Article 50 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, pp. 809-842, spéc. p. 809.

[291] *Ibidem*, pp. 809-810.

[292] V. *infra*, Première partie, Titre second, Chapitre II.

international » et titulaire de « *droits et d'obligations sanctionnés directement par le droit international* »[293]. L'Etat, seul à être engagé par la Convention et à pouvoir être traduit devant la juridiction supranationale, est quant à lui sujet de droit international[294]. L'objectif d'effet horizontal, afin de ne pas être compromis, devait donc transiter par un tel sujet. Il suffisait alors à la Cour européenne de rechercher les conditions dans lesquelles un Etat peut être responsable des atteintes réalisées par des particuliers.

2/ Le palliatif jurisprudentiel de l'imputabilité

90. Deux éléments sont traditionnellement requis pour que la responsabilité internationale d'un Etat soit engagée : l'acte doit lui être imputable et être illicite au regard de ses obligations internationales[295]. La notion d'imputabilité, employée par les instances strasbourgeoises, est également le critère permettant au droit international de rattacher les

---

[293] P. Reuter, *Droit international public,* 7ème éd., PUF, coll. Thémis, 1993, p. 235.

[294] Sur le développement progressif du statut international du particulier en raison de sa possibilité de saisir des organes internationaux, V. P. Reuter, *op. cit.*, p. 236-238 ; R. Cassin, « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'Homme dans la société nouvelle », in : *Mélanges en l'honneur de G. Scelle, La technique et les principes du droit public*, vol. 1, LGDJ, 1950, p. 68 et s. ; Soulignons qu'un recours croissant, par la Cour européenne, à la pratique de la tierce intervention accréditerait cette thèse. Lorsque les personnes privées sont des sujets de droit international, elles en sont, néanmoins, toujours des sujets « *dérivés* » ou « *mineurs* », N. Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public*, 7ème éd., LGDJ, 2002, n° 418, p. 649 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 6ème éd., Montchrétien coll. Domat, 2004, p. 319 ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 58, p. 88 ; V. également, A. A. Cançado-Trindade, « Le nouveau règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme : quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. I, p. 351 : Le Président de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme y rappelle que l'être humain est le « *sujet ultime* » du droit international, spéc. p. 365.

[295] Si l'imputabilité et l'illicéité sont requises pour engager la responsabilité de l'Etat, « *chacun n'a de sens que par rapport à l'autre : c'est dans la mesure où un fait est imputable à un sujet international qu'on peut le dire internationalement illicite, et réciproquement ; il ne s'agit donc pas de deux conditions que doit remplir le fait générateur, mais d'une seule condition, artificiellement décomposée* » ; J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, p. 532 ; Selon P. Reuter, « *l'imputation ne peut être détachée de la définition du fait illicite d'une manière absolue ; en effet, c'est par rapport aux obligations de l'Etat auquel le fait est imputé que le fait est illicite* », *op. cit*., p. 260 ; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'Homme -Problèmes d'imputation*, Paris, Pédone, 1994, p. 55. En droit interne, l'imputabilité est le « *caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute, en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente ou, plus généralement, comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part non d'une cause étrangère* » *in* G. Cornu (dir.) *Vocabulaire juridique,* Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 7ème éd. 2005. Sur la fonction de l'imputabilité en droit international au regard de sa fonction en droit interne, V. J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, p. 535.

actions des sujets de droit interne aux actions de l'Etat, et de mettre en jeu, éventuellement, sa responsabilité[296]. Cette construction, qui se situe au cœur de l'effet horizontal indirect[297] en permettant de remédier à l'absence de responsabilité internationale des individus, doit être explicitée.

91. La mise en cause de l'Etat en raison du comportement de personnes n'agissant pas pour son compte a été expliquée par différentes théories qui doivent être repoussées. Il ne s'agit pas d'une responsabilité indirecte puisque l'Etat et le particulier sont sujets d'ordres juridiques différents, l'absence de toute corrélation entre les deux ne peut permettre d'imputer à l'un les actes des autres. A l'inverse, un Etat peut être indirectement responsable des actes d'un autre sujet de droit international c'est-à-dire d'un autre Etat[298]. Le citoyen n'est pas non plus l'instrument de l'injure[299] rendant l'Etat complice de ses actions. L'Etat est responsable, non pas du fait d'autrui[300], non pas en tant que complice[301], mais du fait de ses propres actes ou omissions[302], en créant les conditions propices à une immixtion d'un particulier dans les

---

[296] « *Le dommage, élément constitutif traditionnel de la Responsabilité internationale, passe au second plan, ce qui tend à rejoindre la tendance à restreindre la responsabilité au fait imputable à l'Etat. Les droits de l'Homme ont contribué à renforcer cette tendance (…)* », G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'Homme », in SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, pp. 101-135, spéc. p. 102.

[297] C'est à dire l'effet horizontal mis en œuvre par les instances européennes, par le biais des obligations positives spéciales ou de l'obligation générale issue de l'article 1 ; V. Introduction.

[298] H. Dipla, *op. cit.*, pp. 55-56.

[299] E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t.II, p. 72, cité par H. Dipla, *op. cit*. p. 56.

[300] J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, p. 537 ; N. Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *op. cit.*., n° 476, p. 779.

[301] D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats en raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP* 1906, pp. 5-29, spéc. p.14 : « *C'est alors dans la conduite de l'Etat, qui a omis de prohiber ces actes ou de prendre les mesures nécessaires pour les empêcher, que se trouve la violation du droit international : l'acte illicite, au point de vue du droit international, est, en pareil cas, l'omission de l'Etat et non pas l'action positive des individus ; et l'Etat est tenu pour son fait, mais non en qualité de complice des individus, comme on l'a dit si souvent depuis Grotius* ».

[302] « *Ce qui est imputé à l'Etat n'est pas le fait de particuliers mais le comportement des organes de l'Etat ; ce dernier comportement, que la conduite de l'individu se limite à mettre en évidence, peut naturellement avoir un caractère omissif ou commissif et enclenche la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'il représente l'infraction à une obligation de prévention et/ou de répression* » ; L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, t. 189, 1984 (VI), pp. 9-222, spéc. p. 153.

droits et libertés d'un autre individu[303]. L'Etat doit user de sa compétence pour empêcher la survenance d'actes dommageables ou pour priver les particuliers des moyens matériels permettant de les produire[304], ou encore pour offrir un remède adéquat à la victime[305]. A défaut, le fait du particulier agira *« comme un élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques* »[306].

92. Cette solution est en outre conforme au principe fondamental du défaut de pertinence de l'organisation interne de l'Etat au regard du droit international[307] ; en effet, un Etat ne peut arguer de ses aménagements internes, telles la délégation de pouvoirs ou la séparation des sphères publiques et privées, pour éluder sa responsabilité. Organisateur de la structure juridique de la collectivité, l'Etat est subséquemment garant des protagonistes de celle-ci et des conséquences de leurs actions. L'imputabilité se résume par conséquent à une question de fait[308] consistant à rechercher si au moment de la violation les organes de l'Etat exerçaient un contrôle effectif sur la victime présumée. Il suffit que l'Etat exerce un pourvoir effectif sur le requérant. Si tel est le cas, il doit pouvoir lui garantir les droits et libertés contenus dans la Convention. L'Etat et ses représentants doivent protéger les individus relevant de leur juridiction contre toute immixtion, alors même qu'elle proviendrait de personnes privées. Le

---

[303] G. Malinverni, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme », *in Im Dienst an der Gemeinschaft*, Verlag Hellbing et Lichtenhahn, Basel-Frankfurt, 1989, pp. 539-560, spéc. p. 559.

[304] J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*., p. 538 ; N. Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *op. cit.*, n° 476, p. 779.

[305] A.-C. Kiss, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public », in *René Cassin Amicorum discipulorumque liber, t. III, protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 215-223, spéc. p. 221.

[306] R. Ago, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats. Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale », *Annuaire de la Commission du Droit International*, 1972, vol. II, p. 77, spéc. p. 105.

[307] « *Tout le système de l'imputation repose (…) sur le* dualisme *des ordres juridiques ; c'est parce que l'ordre international n'a pas à régir l'ordre interne qu'il est nécessaire d'imputer à l'Etat, point de contact entre les deux sphères, tout ce qui peut survenir dans la seconde, dès lors que les agissements dommageables sont le résultat d'une action individuelle ou générale de l'Etat, consistant dans le fait de laisser soit à des particuliers, soit à des personnes publiques qu'il a choisi d'ériger en sujets autonomes les moyens (facultés matérielles et procédés légaux) de produire des dommages que lui-même pourrait empêcher* ». J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, pp 537-538.

[308] J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 68.

pouvoir de l'Etat a pour corollaire la responsabilité des activités qu'il exerce. Aussi, de l'avis de la Cour européenne, « *l'exercice de pouvoirs étatiques ayant une influence sur les droits et libertés inscrits dans la Convention met en jeu la responsabilité de l'Etat, indépendamment de la forme sous laquelle ces pouvoirs se trouvent être exercés, fût-ce par une entité privée* »[309].

93. Le mécanisme d'imputation à l'Etat des actions individuelles, visé dans le projet de la Commission de droit international[310], est emprunté par plusieurs juridictions internationales[311] et marque ainsi une évolution concrète et efficace dans la protection des droits de l'Homme. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a souscrit à une telle extension de la responsabilité étatique lors de l'arrêt opposant M. Velasquez au Honduras, rendu le 19 juillet 1988[312]. Saisie afin de trancher un litige relatif à un cas de disparition forcée au regard du droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté personnelle[313], elle a pu affirmer que, « *en effet, un acte attentatoire aux droits de l'Homme et qui, initialement, ne serait pas directement imputable à un Etat –par exemple s'il est l'œuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié – peut néanmoins engager la responsabilité internationale de cet Etat, non en raison du fait lui-même, mais en raison du manque de diligence de l'Etat pour prévenir la violation des droits de l'Homme ou la traiter dans les termes requis par la Convention* »[314]. De même, la Cour internationale de justice paraît s'être prononcée en faveur

---

[309] Déc. *Wos c. Pologne* du 1er mars 2005, req. n° 22860/02, § 40. Dans cette affaire, jugée recevable, le requérant se plaignait des décisions rendues par la Fondation pour la réconciliation germano-polonaise, qui avait partiellement refusé d'accueillir sa demande d'indemnisation pour le travail forcé auquel l'avait soumis l'Allemagne nazie. L'argument majeur de la Pologne était de considérer que ladite Fondation n'est pas un organe gouvernemental. Les juges européens ont rejeté cette thèse après avoir rappelé les principes issus de l'article premier de la CEDH. L'arrêt de la Cour, rendu le 6 juin 2006, se réfère à la décision du 1er mars 2005 quant à la question de la responsabilité de l'Etat polonais, sans apporter de précisions supplémentaires.

[310] Aux termes de l'article 11 du projet de la CDI « *§ 1 : N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat. § 2 : Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10* » ; sur l'appréciation de la clarté de la rédaction du paragraphe 2, comp. J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, p. 536 et H. Dipla, *op. cit*., p. 55.

[311] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, préc., n° 167, p. 244.

[312] G. Cohen-Jonathan, « L'arrêt Velasquez », *RGDIP* 1990, pp. 455-471.

[313] Articles 4, 5 et 7 de la Convention américaine des droits de l'Homme.

[314] § 172 ; G. Cohen-Jonathan, « L'arrêt Velasquez », *RGDIP* 1990, pp. 455-471.

de l'imputabilité des violations individuelles lorsqu'elle affirme que l'Etat peut être responsable pour avoir enfreint l'obligation de faire respecter les droits de l'Homme[315]. Il semble cependant que l'initiative d'une telle pratique revienne aux instances européennes[316]. En effet, dès 1963, la Commission européenne des droits de l'Homme[317] s'était intéressée à la mise en oeuvre d'une imputabilité de l'acte individuel à l'Etat en recherchant, à propos de la liberté d'expression, « *si les autorités des Etats contractants n'ont pas l'obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers* ». Depuis cette esquisse d'effet horizontal, le chemin parcouru par la Cour européenne a permis de généraliser l'imputabilité des violations individuelles à l'Etat, atout essentiel dans la protection des droits et libertés contenus dans la Convention. Les obligations positives et l'article premier contribuent à ce résultat.

94. Les obligations positives permettent d'exiger une intervention active de l'Etat afin qu'il protège effectivement les droits garantis dans les relations privées. Sa responsabilité est mise en cause dès lors qu'il n'a pas respecté cet engagement même si la violation contestée émane d'un individu, puisque de telles obligations peuvent être étendues « *jusque dans les relations des individus entre eux* ». Ainsi, la Cour peut relier un comportement individuel à l'Etat et lui imputer une ingérence d'origine privée. L'objectif d'imputabilité poursuivi par la Cour est alors atteint par la médiation des obligations positives. Nonobstant l'efficacité de cette construction, il convient de relever qu'elle ne bénéficie d'aucune légitimité conventionnelle. En effet, la Cour a ainsi considérablement étendu le domaine de responsabilité de l'Etat à partir d'un fondement prétorien, qui lui-même ne repose sur aucune assise conventionnelle. Ce défaut de légitimité peut expliquer le recours croissant à l'article premier de la Convention afin de justifier la dimension horizontale du texte de 1950.

95. Les instances européennes sollicitent de plus en plus fréquemment l'article 1 de la CEDH afin d'apporter un fondement conventionnel à l'imputabilité, conformément aux

[315] C.I.J., arrêt *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* du 26 juin 1986 ; G. Cohen-Jontahan, *op. cit.*, p. 462.

[316] F. Sudre, *loc. cit.*

[317] Décision non publiée du 18 décembre 1963 (req. n° 1906/63) citée par M.-E. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in : René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, III, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, pp. 151-162, spéc. p. 158-159. V. *supra*.

mécanismes traditionnels du droit international. La notion de juridiction, visée par l'article 1er de la Convention, constitue le fondement employé par les juges strasbourgeois afin de remplir l'exigence d'imputabilité ; l'article liminaire dispose en effet que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». La juridiction est le critère permettant de relier la victime, l'Etat et le particulier, auteur direct de l'ingérence. L'arrêt *Ilascu et autres contre Moldavie et Russie*, rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne le 8 juillet 2004[318], précise le sens de la notion de juridiction. Selon les juges européens, il découle de l'article premier « *que les Etats parties doivent répondre de toute violation des droits et libertés protégés par la Convention commise à l'endroit d'individus placés sous leur "juridiction". L'exercice de la juridiction est une condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui donnent lieu à une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention* »[319].

96. L'acception du terme « juridiction » retenue par les juges européens s'entend de manière extensive. D'une part, il n'est pas nécessaire que le requérant ait un lien juridique ou stable, tel la nationalité, la résidence ou le domicile[320], avec le pays contre lequel il agit. D'autre part, la juridiction de l'Etat peut dépasser sa compétence territoriale. En effet, « *le terme juridiction ne se limite pas au territoire des hautes Parties contractantes ; leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors du territoire* »[321]. La responsabilité de l'Etat s'étend partout où il exerce des

[318] Req. n° 48787/99 ; *RTDH* 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; *GACEDH*, n° 67, comm. F. Sudre ; I. Petelescu, « La contribution du droit international de la responsabilité à la protection des droits de l'Homme. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilascu et autres c. République de Modalvie et Fédération de Russie* », *RGDIP* 2005, pp. 581-607 ; V. également, G. Cohen-Jonthan et J.-F. Flauss, « Cour européenne des droits de l'Homme et droit international général (2004) », *AFDI* 2004, p. 778, spéc. p. 784.

[319] § 311.

[320] J. A. Carrillo-Salcedo, « Article 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, pp. 136-141, spéc. p. 141 ; R. Abraham, « Article 25 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *op. cit.*, pp. 577-590, spéc. p. 586.

[321] Cour EDH, arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, série A n° 240, § 91. *JCP* 1993, I, 3654, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1994, p. 87, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss.

activités[322], même si la Cour a affirmé que la conception de la notion de juridiction est « *principalement* » ou « *essentiellement* » territoriale[323].

97. Un exemple peut être présenté afin de mettre en exergue le mécanisme de l'imputabilité fondé sur la notion de juridiction, processus qui justifiera ensuite l'engagement de la responsabilité étatique pour les violations commises par des particuliers. L'affaire *Loizidou*[324], dans laquelle une habitante de la partie septentrionale de Chypre s'était vue interdire l'accès à ses biens par les troupes turques, a permis à la Cour de relever qu'il « *est important pour l'appréciation par la Cour du problème de l'imputabilité que le Gouvernement turc ait reconnu que la perte, par la requérante, de la maîtrise de sa propriété provient de l'occupation de la partie septentrionale de Chypre par les troupes turques et l'établissement de la "RTCN" dans cette région* »[325], afin d'ajouter que « *le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île* ». Dès lors, « *les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention. L'obligation qui lui incombe de garantir à la requérante les droits et libertés définis dans la Convention s'étend en conséquence à la partie septentrionale de Chypre* »[326].

---

[322] « *L'expansionnisme conventionnel est essentiellement obtenu grâce à la dissociation de la notion de juridiction par rapport à la notion, plus classique, de territorialité* » : S. Karagiannis, « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. *Vaetera et nova* », *RTDH* 2005, pp. 33-120, spéc. p. 87 ; J.-P. Costa, « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1[er] de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 483-500.

[323] Cour EDH, Gde Ch., *Déc. Bankovic et autres contre Belgique et 16 autres Etats contractants* du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99, § 61 ; *JCP* 2002, I, 105, n° 1, obs. F. Sudre ; ; *D.* 2002, p. 2567, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 2002, p. 1055, obs. G. Cohen-Jonathan ; *CDE* 2002, p. 752, obs. J. Andriantsimbazovina ; *AJDA* 2002, p. 501, obs. J.-F. Flauss ; Cour EDH, arrêt *Gentilhomme, Schaff-Benhadji et Zerouki c. France* du 14 mai 2002, req. n° 48205/99, 48207/99, 48209/99, § 20 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, req. n° 71503/01, § 137 ; *RTDH* 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004, req. n° 47787/99, § 312, préc.

[324] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 18 décembre 1996, req. n° 15318/89 ; *JDI* 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *RGDIP* 1998, p. 123, note G. Cohen-Jonathan, *RTDH* 1998, p. 77, obs. J.-P. Cot.

[325] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie*, préc., § 54.

[326] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie*, préc., § 56.

98. Dès 1978, lors de l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*[327], la Cour avait précisé l'étendue de la responsabilité étatique, au regard de l'article premier, en affirmant que « *la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des Etats contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre ; ainsi que le montrent l'article 14 et la version anglaise de l'article 1 ("shall secure"), elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou en corriger la violation aux niveaux inférieurs* »[328]. En ce sens, elle avait également estimé que les autorités supérieures d'un Etat « *assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leur subordonnés ; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter* »[329]. Il s'agissait en l'espèce d'imputer à l'Etat l'action de ses agents. Or, cette imputabilité s'est ensuite étendue aux ingérences commises par des particuliers. L'arrêt *Chypre contre Turquie* du 10 mai 2001, rendu par la Grande Chambre de la Cour[330], énonce que « *si les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention. Toute autre conclusion serait incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 1 de la Convention* »[331]. Aux termes de cet arrêt de Grande Chambre, il apparaît que ce sont la notion de juridiction et l'obligation générale inscrites à l'article 1 qui fondent le mécanisme d'imputabilité, et donc l'effet horizontal qu'il engendre.

99. Ainsi, il est intéressant de relever que l'article premier qui a commencé à être utilisé pour surmonter des difficultés d'application territoriale de la Convention permet aujourd'hui d'imputer à l'Etat, sous certaines conditions, toute violation des droits de l'Homme même lorsqu'elle émane d'une personne privée. Progressivement, la Cour a employé un mécanisme de pur droit international public pour établir une dimension horizontale de la Convention

---

[327] Cour EDH, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25.

[328] § 239.

[329] § 159.

[330] Req. n° 25781/94 ; *RTDH* 2002, p. 807, obs. P. Tavernier ; *JCP* 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre.

[331] § 81 ; cette affirmation a été reprise lors de l'arrêt *Ilascu et autres contre Moldavie et Russie*, préc., § 318.

c'est-à-dire une dimension de pur droit privé. Cette jurisprudence obtient par-là même une crédibilité accrue, en ce qu'elle est conforme au droit international[332]. En effet, la Cour n'a de cesse de rappeler « *sa jurisprudence selon laquelle la notion de "juridiction" au sens de l'article 1 de la Convention doit passer pour refléter la conception de cette notion en droit international public* »[333]. Là réside peut-être l'explication du recours croissant à l'article liminaire pour justifier la dimension horizontale de la Convention[334].

100. En conclusion, il apparaît que tant les obligations positives que l'article premier autorisent l'octroi d'un prolongement horizontal à la Convention en imputant à l'Etat une violation individuelle. Néanmoins, seul le second fondement bénéficie d'une légitimité conventionnelle et internationale. L'article liminaire permet ainsi de sceller l'effet horizontal des dispositions européennes au sein des principes interprétatifs majeurs des organes de la Convention. La dimension interindividuelle du texte de 1950 est alors considérablement renforcée parce que motivée, indirectement, par les principes de droit international. S'il semble peu probable que la construction de l'effet horizontal issue de l'article 1 de la CEDH disparaisse de la jurisprudence européenne, une difficulté subsiste en raison de la permanence du recours aux obligations positives. Il s'agit en effet de savoir pourquoi la Cour européenne construit alternativement l'effet horizontal sur deux fondements différents ou parfois juxtapose ces deux fondements. Il est possible qu'aucune logique ne préside à cette jurisprudence. Toutefois, afin de tenter de répondre à cette interrogation, il convient auparavant de rechercher l'intérêt respectif des obligations positives, puis de l'article premier, dans l'élaboration de l'effet horizontal.

---

[332] « *La notion de juridiction ou compétence est sensiblement la même dans le contexte du droit international général et dans celui de la Convention de 1950* » ; L. Caflisch et A. A. Cançado Trindade, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'Homme et le droit international général », *RGDIP* 2004, pp. 5-62, spéc. p. 34.

[333] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004, req. 47787/99, § 312 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, req. n° 71503/01, § 137 ; Cour EDH, arrêt *Gentilhomme, Schaff-Benhadji et Zerouki c. France* du 14 mai 2002, req. n° 48205/99, 48207/99, 48209/99, § 20 ; Déc. *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants* du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99, §§ 59-61.

[334] La Cour rappelle, dès qu'elle en a l'opportunité, que la Convention doit « *s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie* » ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001, req. n° 35763/97, § 60 ; *JCP* 2002, I, 105 n° 8, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003 p. 139 obs. J.-F. Flauss ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 111 ; *RTDH* 2005, p. 799, obs. Ph. Frumer.

B/ L’INTÉRÊT RESPECTIF DE CHAQUE FONDEMENT

101. Les obligations positives peuvent impliquer l’obligation étatique d’adopter des mesures jusque dans les relations des individus entre eux. Cette formule, qui figure dans la majeure partie des arrêts retenant une dimension horizontale de la Convention, est classique et encore régulièrement employée par la Cour européenne. Il est donc nécessaire de déterminer les conditions d’application des obligations positives et par-delà l’utilité de ce concept dans la construction de l’effet horizontal. De l’obligation générale issue de l’article premier peut également résulter une diffusion interindividuelle de la Convention. Cette seconde forme d’effet horizontal est moins fréquente s’agissant de l’extension interpersonnelle des droits relatifs, mais il convient de rechercher, au même titre que pour les obligations positives, l’avantage que les conditions de fonctionnement de cette disposition peuvent procurer à l’élaboration de l’effet horizontal. Il apparaîtra alors que les obligations positives permettent de délimiter la diffusion horizontale des dispositions européennes, bien que cette technique jurisprudentielle souffre d’imprécisions (1), tandis que le caractère général et obligatoire de l’article 1 de la CEDH permet de consolider l’effet horizontal (2).

1/ L’encadrement de l’effet horizontal par les obligations positives

102. La technique des obligations positives permet de fonder l’effet horizontal de certaines dispositions ou, à l’inverse, d’encadrer celui-ci. En effet, lorsque la Cour refuse de reconnaître, au titre d’une disposition de la Convention, des obligations positives à la charge d’un Etat, elle restreint par là même le champ d’application de l’effet horizontal (a). L’intérêt de ce procédé est cependant tempéré par les imprécisions de cette méthode d’interprétation (b).

a) Un encadrement indirect

103. Les obligations positives, support de l’effet horizontal, servent à l’encadrer afin d’« *empêcher une diffusion trop fulgurante de l’effet horizontal* »[335] . En effet, dès lors que l’établissement d’une obligation positive précède l’affirmation d’une obligation de

[335] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 42.

protection des droits de l'Homme dans les relations entre individus, l'absence d'obligation positive empêche toute diffusion horizontale de la Convention. Cependant, l'encadrement de l'effet horizontal par les obligations positives doit être qualifié d'indirect car il apparaît que l'usage de ces obligations prétoriennes sert à essentiellement à délimiter l'engagement étatique, ou à justifier la création d'un nouveau droit, usage dont il résulte indirectement une délimitation de l'effet horizontal.

104. Le 24 février 1998, la Cour européenne a rendu un arrêt essentiel dans l'évolution de sa jurisprudence relative aux litiges horizontaux. L'arrêt *Botta contre Italie*[336] marque en effet une limite à l'extension horizontale de la Convention. En l'espèce, Monsieur Botta, handicapé physique, partit en vacances dans une station balnéaire. Or, il constata que les établissements de bains n'étaient pas équipés des dispositifs nécessaires aux personnes handicapées pour accéder à la plage et à la mer, ceci au mépris d'une législation italienne qui imposait l'insertion, dans les contrats de concession, d'une clause contraignant les établissements de bain à ménager un accès pour les personnes handicapées[337]. N'obtenant pas satisfaction dans l'ordre interne, M. Botta saisit les organes de la Convention en alléguant une atteinte à sa vie privée et au développement de sa personnalité résultant du manquement de l'Etat « *à ses obligations positives d'adopter des mesures et d'exercer des contrôles sur le respect des dispositions internes relatives aux établissements de bains privés* »[338]. Le Gouvernement réfuta évidemment ce point, puisque selon lui inclure dans l'article 8 les obligations positives réclamées par le requérant reviendrait à dénaturer cette disposition et à transformer les organes européens en arbitre de la politique sociale des Etats parties à la Convention[339]. La Cour décida à l'unanimité que ni l'article 8 ni l'article 14 n'étaient applicables à l'espèce, selon le raisonnement suivant.

---

[336] Req. n° 21439/93 ; *D.* 1998, somm. comm. 371, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1999, 498, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1999, I, 105, n° 27, chron. F. Sudre ; *RTDH* 1999, pp. 595-618, obs. B. Maurer (« De quelques questions posées par les handicapés physiques à la Convention européenne des droits de l'Homme »).

[337] Le requérant remédia à cette situation en accédant avec son véhicule à la plage, mais cette possibilité lui fut ultérieurement interdite sur ordre de la capitainerie. L'année suivante, il sollicita la commune afin qu'elle remédie aux défaillances constatées. Sa demande restant sans réponse, il porta plainte contre les différentes autorités locales compétentes ainsi que contre le ministre de la marine marchande, mais n'obtint pas satisfaction.

[338] § 27.

[339] § 29.

105. Après avoir constaté que la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement sans ingérences extérieures de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables, la Cour relève que le requérant se plaint non d'un acte mais d'une inaction de l'Etat. Reprenant la formule consacrée, la Cour énonce que « *si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elle peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* »[340]. Puis, elle ajoute qu'elle « *a conclu à l'existence de ce type d'obligations à la charge d'un Etat lorsqu'elle a constaté la présence d'un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part, la vie privée et/ou familiale de celui-ci* »[341]. Or, selon la Cour, le droit revendiqué par M. Botta « *concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'Etat pour remédier aux omissions des établissements de bain privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable* »[342]. Dès lors, les obligations positives étatiques ne vont pas jusqu'à imposer de faciliter les relations personnelles entre les individus[343]. L'effet horizontal élaboré à Strasbourg n'a donc pas vocation à s'appliquer à toute relation entre personnes privées.

---

[340] § 33.

[341] § 34. A la suite de cette affirmation, la Cour renvoie aux arrêts *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, préc. ; *X et Y contre Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, § 30 (*RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan) ; *Lopez Ostra contre Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-C, § 58 (*AFDI* 1994, p. 658, chron. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, pp. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH,* n° 3, comm. F. Sudre) et *Guerra et autres contre Italie* du 19 février 1998, req. n° 14967/89, § 57 et 60 (*RTDH* 1998, p. 808, obs. Ph. Frumer ; *JCP* 1999, I, 105, n° 40 et 43, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1998, 517, obs. J.-P. Marguénaud). Il convient de préciser que, contrairement à ce que la Cour laisse entendre, aucune de ces décisions ne contient une exigence explicite de « lien direct et immédiat » entre les mesures demandées par le requérant et la vie privée ou familiale de celui-ci.

[342] § 35.

[343] B. Maurer, *op. cit.*, p. 609.

106. La formule contenue dans l'arrêt *Botta* a été reprise dans une décision d'irrecevabilité rendue le 4 mai 1999[344]. L'affaire n'avait aucun caractère privé, puisque le requérant, atteint de myopathie et contraint de se servir d'un fauteuil roulant, reprochait aux autorités locales de lui avoir attribué un logement ne répondant pas à ses besoins médicaux. Il manifesta son mécontentement en cessant de payer le loyer et fut expulsé après une période de quatre années durant laquelle les autorités tentèrent d'éviter cette issue. Le requérant saisit les instances strasbourgeoises au motif que les autorités italiennes l'avaient expulsé et avaient failli à lui procurer un logement conforme à sa situation médicale, en dépit d'une législation régionale leur imposant une telle obligation. La Cour rappela alors que des obligations positives peuvent exister en ce domaine lorsqu'il existe un lien direct et immédiat entre les mesures sollicitées par le requérant et la vie privée de ce dernier[345]. S'agissant de l'expulsion, les juges européens ont pris en considération les efforts des autorités afin d'éviter cette mesure ainsi que le manque de coopération du requérant. S'agissant du manquement allégué de l'administration à fournir un logement approprié à l'état du requérant, la Cour relève qu'une commission a été créée et spécialement chargée de trouver une solution aux difficultés du requérant. Dès lors, elle considère qu'aucune obligation positive pour les autorités locales de fournir au requérant un logement spécifique ne peut être déduite de l'article 8, tout en notant que ces dernières avaient fait preuve de bonne volonté. La jurisprudence *Botta* est confirmée, mais la solution rendue semble davantage reposer sur les efforts fournis par les autorités internes et le comportement négatif du requérant, que sur l'absence de lien direct et immédiat entre les mesures sollicitées et le respect de la vie privée.

107. La conception restrictive des obligations positives, et par conséquent de l'effet horizontal, a été réaffirmée dans une décision d'irrecevabilité clôturant une affaire examinée par la Cour le 14 mai 2002[346]. Les requérants, une femme handicapée physique et son époux, se plaignaient que les bâtiments publics ou ouverts au public de la ville où ils habitaient n'étaient pas équipés de dispositifs nécessaires à l'accès des handicapés, nonobstant une

---

[344] Décision *Natale Marzari c. Italie*, req. n° 36449/97.

[345] Selon la Cour, bien que l'article 8 ne garantit pas le droit de voir les problèmes de logement personnel résolus par les autorités, leur refus d'assurer une assistance dans le respect des souffrances individuelles provenant d'une grave maladie peut dans certaines circonstances relever de l'article 8 en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'individu.

[346] Cour EDH, déc. *Jitka Zehnalova et Otto Zehnal c. République tchèque* du 14 mai 2002, req. n° 38621/97 ; *AJDA* 2002, p. 1285, obs. J.-F. Flauss.

législation tchèque subordonnant l'homologation de ces bâtiments à l'adoption de certaines mesures les rendant accessibles aux personnes à mobilité réduite. Sur le fondement de l'article 8, les requérants arguaient d'un manquement de l'Etat à ses obligations positives consistant à contrôler le respect de la législation nationale par les maîtres de construction. L'ingérence provenait partiellement du comportement de personnes privées puisque l'accessibilité des bâtiments publics et privés était critiquée. Le Gouvernement avançait quant à lui le raisonnement retenu par la Cour européenne lors de l'arrêt *Botta*[347]. Cet argument est repris par la Cour qui, après avoir évoqué les limites de l'applicabilité de l'article 8 au regard de la Charte sociale européenne[348], précise que l'article 8 « *ne saurait s'appliquer de manière générale et chaque fois que la vie quotidienne de la requérante est en cause, mais seulement dans des cas exceptionnels où un manque d'accès aux établissements publics et ouverts au public empêcherait la requérante de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains soient mis en cause* ». La Cour précise que dans un tel cas une obligation positive « *pourrait* » être établie pour assurer l'accès aux établissements mentionnés. Or, les requérants ayant « *failli à concrétiser les empêchements allégués et à donner des preuves convaincantes d'une atteinte à leur vie privée* »[349], la Cour juge l'article 8 inapplicable.

---

[347] Selon l'Etat, aucun lien direct entre la vie privée de la requérante et les mesures exigées n'était envisageable puisque celle-ci travaillait dans une ville différente de celle évoquée dans la requête et qu'il était impossible qu'elle se rende dans tous les bâtiments mentionnés pour satisfaire aux besoins quotidiens de sa vie privée. Ainsi, selon l'Etat, les droits revendiqués par les requérants constituent des droits de nature sociale, dont l'étendue dépasse le concept d'obligation juridique inhérent à la notion de respect de la vie privée visée au paragraphe 1 de l'article 8. En réponse, les ressortissants tchèques, d'une part, invoquaient l'arrêt *Airey contre Irlande*, rendu par la Cour de Strasbourg en 1979 (Cour EDH, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 26 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2) affirmant que « *si la Convention énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social* », d'autre part, estimaient que leur situation ne pouvait être rapprochée de celle de M. Botta puisqu'ils souffraient de l'inaccessibilité à certains bâtiments assurant des besoins quotidiens dans la ville où ils vivent en permanence.

[348] La Cour a précisé que « *ce champ d'intervention de l'Etat et la notion progressive de vie privée ne correspondent pas toujours au contenu plus limité des obligations positives de ce dernier* ».

[349] Aucun lien spécial entre l'inaccessibilité des établissements et les besoins particuliers de la vie privée de la requérante n'a été démontré, la charge de la preuve incombant manifestement à cette dernière. De ce fait, la Cour manifeste un doute quant à l'utilisation quotidienne du nombre important de bâtiments dénoncés et donc quant à l'existence d'un lien direct et immédiat entre les mesures exigées par les requérants et leur vie privée. La requête semblait en effet masquer une *actio popularis*.

108. Ces trois décisions appellent plusieurs remarques quant à la délimitation de l'effet horizontal. En premier lieu, il résulte de la décision *Jitka Zehnalova et Otto Zehnal* que le champ d'application de la Convention est restreint par les droits sociaux inscrits dans la Charte sociale européenne, une frontière devant selon la Cour être établie entre ces deux sources de droits. En ce sens, elle précisa, en réponse à l'allégation de violation des articles 12 et 13 de la Charte sociale européenne, que son rôle n'est pas de contrôler le respect par les gouvernements d'autres conventions que la CEDH même si, comme d'autres instruments internationaux, la Charte sociale européenne peut être une source d'inspiration. En second lieu, la Cour a relevé que l'évolution de la société, impliquant une intervention croissante de l'Etat dans la vie privée des individus afin de leur fournir certaines prestations, a pour corollaire une évolution progressive de la notion de vie privée. Or, les obligations positives établies par la Cour ne suivent pas toujours cette évolution mais ont un contenu plus limité. Ainsi, la Cour ne désire pas contrôler ce champ d'intervention des Etats qui leur demande déjà des « *efforts et des engagements de plus en plus importants* ». C'est pourquoi il y a s'agissant des obligations positives une inversion[350] du mécanisme de proportionnalité : celui-ci ne joue plus afin de vérifier si les ingérences dans le droit individuel sont excessives, mais afin de contrôler si les obligations positives mises à la charge de l'Etat ne sont pas démesurées[351].

109. Il apparaît au regard de ces affaires relativement similaires que la Cour a souhaité non pas restreindre l'effet horizontal de la CEDH, mais le domaine des obligations étatiques. Deux d'entre elles impliquaient des relations de droit privé, l'une de droit public, mais toutes comportent la même formulation restreignant les obligations positives à l'existence d'un lien direct et immédiat entre le droit invoqué et les mesures sollicitées ; ce n'est pas l'effet horizontal de l'article 8 qui est limité, mais bien l'étendue des obligations étatiques dès lors qu'elles revêtent un caractère social. Vraisemblablement, plus qu'une « *diffusion trop fulgurante de l'effet horizontal* »[352], ce sont des obligations étatiques trop

[350] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 55.

[351] F. Sudre, *GACEDH*, p. 28 ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 169 et s. ; P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. Sudre, PUAM 2005, vol. I, n° 129 et s.

[352] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 42.

vastes que la Cour exclut d'imposer[353]. La Cour refuse donc de consentir aux exigences sociales des individus, ainsi que le montre la décision *Marzari* selon laquelle aucune obligation positive de fournir un logement spécifique au requérant ne peut être imposée[354]. Il est cependant certain, et les affaires *Botta* et *Jitka Zehnalova et Otto Zehnal* l'attestent, que la restriction des obligations positives circonscrit indirectement la diffusion horizontale des dispositions européennes. Il apparaît alors que le respect entre personnes privées des mesures sociales adoptées par les Etats ne bénéficie pas de la protection horizontale de la Convention. La première affaire italienne et l'affaire tchèque démontrent en effet que les Gouvernements n'ont pas l'obligation positive de faire respecter, dans les relations de droit privé, les législations sociales qu'ils adoptent[355].

110. De la même façon, le refus de constater une nouvelle obligation positive correspond souvent au refus d'accorder l'extension du droit revendiquée par les requérants[356], et limite subséquemment l'effet horizontal de la CEDH. Ainsi, l'arrêt *Appleby et autres contre Royaume-Uni*[357] refuse la « *création* » du droit de pénétrer dans les propriétés privées, afin d'y exercer sa liberté d'expression. Les requérants vivaient dans une ville dont un nouveau centre, appelé « Les Galeries », appartenait à une société privée. Ils aménagèrent dans ce centre des stands afin de sensibiliser la population aux problèmes environnementaux et organisèrent une pétition sur ce thème. Le directeur des Galeries les pria rapidement d'aller s'installer ailleurs. Devant la Cour, les requérants soutenaient que l'Etat est directement responsable de l'ingérence survenue dans leur liberté d'expression et de réunion puisque c'est

---

[353] S'agissant des obligations positives, S. Van Drooghenbroeck, évoque l'usage d'une « proportionnalité-interprétation », *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, préc., n° 169 ; P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préc.

[354] En outre, les considérations budgétaires ne sont certainement pas absentes de la position européenne, puisque les politiques sociales impliquent un engagement financier des Gouvernements, et la Cour a relevé dans chaque affaire, tout en affirmant n'y attacher aucune importance déterminante, les efforts déjà fournis par les autorités.

[355] Sur le contrôle que la Cour pourrait effectuer en de telles situations, V. *infra*.

[356] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 359 ; S. Van Drooghenbroeck, *loc. cit.* ; P. Muzny, *loc. cit.*

[357] Cour EDH, arrêt du 6 mai 2003, req. n° 44306/98.

un organisme public qui fit construire les Galeries sur un terrain public et un ministre qui approuva leur cession à un propriétaire privé[358]. Le Gouvernement britannique se retranchait derrière le caractère privé de la société gérant les Galeries et son exercice légitime de ses droits de propriétaire[359]. Quant à l'existence d'une obligation positive, l'Etat contestait cette affirmation puisque, d'une part la violation alléguée ne porterait pas sérieusement atteinte aux droits des requérants, d'autre part la reconnaissance d'une obligation positive imposerait une charge trop lourde pour les autorités.

111. La Cour commence par rappeler « *l'importance cruciale* »[360] de la liberté d'expression, puis énonce que pour déterminer l'existence d'obligations positives il faut ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt des individus tout en veillant à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. De même, si elle rejette l'idée d'une responsabilité directe de l'Etat dans la restriction contestée[361], elle précise qu'elle « *doit statuer sur la question de savoir si le Gouvernement a respecté ou non une éventuelle obligation positive de protéger d'une ingérence d'autrui –en l'occurrence le propriétaire des Galeries- l'exercice des droits que les requérants tirent de l'article 10* »[362]. A ce stade du raisonnement, l'obligation positive n'est qu'« *éventuelle* » et la Cour décide de déterminer la nature du droit qui est en jeu. Elle indique alors que la liberté d'expression n'est pas illimitée et qu'il ne s'agit pas du seul droit en jeu en l'espèce : « *il faut également tenir compte des droits du propriétaire du centre commercial au titre de l'article 1 du Protocole n°1* »[363].

[358] Ils estimaient également que la reconnaissance d'une obligation positive à la charge de l'Etat serait peu coûteuse puisqu'il lui suffirait de mettre en place un cadre juridique prévoyant la protection effective des droits des intéressés à la liberté d'expression et de réunion pacifique en recherchant un équilibre entre ces droits et ceux du propriétaire privé.

[359] Le Gouvernement estimait qu'un juste équilibre entre les différents droits avait été respecté, les propriétaires pouvant légitimement refuser d'accorder à des personnes de s'exprimer dans leurs locaux.

[360] § 39.

[361] Dans une opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt, le juge Maruste désapprouve cette affirmation. Selon lui, « *dans un sens strict et formel cela est vrai mais ne signifie pas qu'il n'existe pas de responsabilités indirectes. Les pouvoirs publics ne sauraient, par la privatisation, se débarrasser de la responsabilité de protéger des droits et libertés autres que le droit de propriété* ».

[362] § 41.

[363] § 43. Le propriétaire des lieux étant indirectement « représenté » par le Gouvernement britannique ; V. *infra*.

Après s'être référée au droit en vigueur aux Etats-Unis[364], la Cour constate l'évolution des sociétés et des moyens de déplacement et de communication, mais affirme « *qu'elle n'est pas convaincue que cette évolution exige automatiquement la création d'un droit de pénétrer dans les propriétés privées ni même nécessairement dans l'ensemble des biens appartenant au domaine public* »[365]. Elle précise aussitôt que « *lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie, la Cour n'exclut pas que l'Etat puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété* »[366]. Or, la Cour considère qu'en l'espèce la restriction imposée aux requérants était limitée géographiquement, et ces derniers disposaient d'autres moyens de communication, ils n'étaient donc pas empêchés effectivement de communiquer leur point de vue à leurs concitoyens. Elle conclut que, « *mettant en balance les droits en cause, et tenant compte de la nature et de la portée de la restriction litigieuse, (…) le Gouvernement n'a pas failli à une obligation positive de protéger la liberté d'expression des requérants* »[367]. Cet arrêt appelle deux remarques. Quant à la forme, le raisonnement de la Cour est singulier parce qu'elle conclut que le Gouvernement n'a pas manqué à ses obligations positives, alors qu'elle avait déclaré précédemment devoir s'interroger sur le respect ou non d'une « *éventuelle* » obligation positive. A aucun moment l'établissement d'une telle obligation n'a été effectué. Il est cependant possible de considérer qu'au rejet implicite de l'obligation positive correspond le refus de créer un droit ; l'Etat a respecté ses obligations positives, telles qu'elles existent au jour de l'arrêt. Quant au fond, la Cour s'est interrogée sur le point de savoir si elle devait créer un droit pour les individus de pénétrer dans les propriétés privées ou publiques afin qu'ils puissent y exercer leur liberté d'expression. L'évolution des sociétés ne peut, selon elle, emporter l'affirmation automatique d'un tel droit. Seule l'atteinte à la substance ou à l'effectivité du droit à la liberté

[364] Bien que les requérants aient invité les juges à procéder à cet examen, il est intéressant de relever que la Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, au comportement des différents Etats fédérés américains et en déduit qu' « *on ne peut pas dire pour l'instant qu'il se dégage un consensus qui pourrait assister la Cour dans son examen en l'espèce de l'application de l'article 10 de la Convention* », § 46. Le consensus ne s'entend donc pas uniquement à l'intérieur des frontières du Conseil de l'Europe.

[365] § 47.

[366] § 47.

[367] § 49.

d’expression, résultant d’une interdiction d’accéder à une propriété, pourrait engendrer l’établissement d’une obligation positive ; l’Etat aurait alors pour tâche de réglementer le droit de propriété. Ainsi, le refus de constater une nouvelle obligation positive coïncide avec le refus d’accorder un nouveau droit et limite les obligations d’intervention de l’Etat dans les relations interpersonnelles. L’effet horizontal est donc encadré par les obligations positives et, plus simplement, par la limitation des droits conventionnels. Ceux-ci ne peuvent donner lieu à des exigences illimitées dès lors que leur effectivité n’est pas annihilée. En l’espèce, la Cour a recensé les divers moyens de communication dont disposaient les requérants et en a déduit que l’interdiction de la société privée ne les a pas empêché « *effectivement* » de communiquer leur point de vue à leurs concitoyens. L’effet horizontal est alors étendu et implique des obligations positives si l’effectivité des droits ne peut plus être garantie d’une autre façon.

112. L’usage des obligations positives afin d’encadrer la diffusion horizontale de la Convention commande d’étudier le raisonnement permettant d’instaurer de telles obligations. Or, la technique des obligations positives manque parfois de limpidité et rend de ce fait l’encadrement de l’effet horizontal incertain.

b) Un encadrement aléatoire

113. L’utilité des obligations positives tant pour l’effectivité des droits de l’Homme que pour l’affirmation de l’effet horizontal est évidente. Néanmoins, l'examen de la jurisprudence européenne relative aux obligations positives, pour lesquelles la Cour de Strasbourg elle-même se refuse à élaborer une théorie[368], permet de faire apparaître une technique absconse, en raison, d'une part des distinctions terminologiques qu'elles génèrent (α), d'autre part et de manière conjuguée, de la méthode de détection et du régime dont elles relèvent (β).

[368] Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

α) Une imprécision sémantique

114. La théorie des obligations positives a inspiré l'usage d'un lexique relatif à la répartition des comportements contestés de l'Etat. Le terme d'ingérence est réservé aux situations n'impliquant qu'une obligation négative de l'Etat, c'est à dire celle contenue originairement dans la Convention. Par exemple, l'article 8 « *a essentiellement pour objet de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics* »[369]. Ces obligations requièrent de l'Etat et de ses représentants qu'ils s'abstiennent de s'immiscer dans les affaires des individus, qu'ils observent une réserve à l'égard des droits et libertés garantis. Toutefois, si la non-ingérence de l'Etat est insuffisante à protéger les droits de l'Homme, les juges européens exigent en sus une intervention des autorités, qualifiée d'obligation positive. Dès lors, le non-respect de cette obligation est constitué par un comportement passif et non plus par une ingérence. L'emploi du terme « *ingérence* » pour les seules violations des obligations négatives procède d'une affirmation de la Cour européenne, selon laquelle l'article 8 paragraphe 2 « *parle uniquement des ingérences dans l'exercice du droit protégé et vise donc uniquement les obligations négatives en découlant* »[370]. Le lexique prétorien a en outre été détaillé par la doctrine : selon le Professeur Frédéric Sudre, à l'ingérence active correspond la violation d'une obligation négative, à l'ingérence passive celle d'une obligation positive[371]. Selon le juge Wildhaber, l'obligation positive est violée par une ingérence positive, l'obligation négative par une ingérence négative[372].

115. Il faut cependant constater que la frontière entre obligations négatives et obligations positives manque de netteté. En effet, une double incohérence résulte du glossaire

[369] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, § 31 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48 ; Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, § 23 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[370] Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 37 ; *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Rolland.

[371] F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, pp. 363-384, spéc. p. 369.

[372] Opinion concordante de M. le juge Wildhaber, jointe à Cour EDH, *arrêt Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, série A n° 299-B, p. 15 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 31, obs. F. Sudre.

européen. D'une part, si, selon les énonciations de la Cour européenne, le terme « *ingérence* » semble réservé à la présence d'obligations négatives, certains arrêts contredisent cette présentation. L'arrêt *Fuentes Bobo*[373] contient ainsi la reconnaissance d'une obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant de personnes privées, mais constate une ingérence étatique[374]. D'autre part, il est difficile de distinguer définitivement et de façon péremptoire entre ingérence et obligation négative d'un côté, non-ingérence et obligation positive de l'autre. En effet, la répartition s'oriente essentiellement selon la formulation de l'attitude étatique exigée. Ainsi, dans l'affaire *Gül contre Suisse*[375], le requérant reprochait aux autorités helvétiques ne pas favoriser la venue de son fils en Suisse. Or, le gouvernement suisse pouvait se voir reprocher le refus opposé aux parents c'est à dire un acte entravant le regroupement familial ou, à l'inverse, l'absence de mesure positive (l'autorisation demandée) visant à cette même fin[376]. La présentation des obligations étatiques selon l'action exigée de l'Etat apparaît dès lors peu fiable. Cette illustration motive probablement le fait que la Cour elle-même reconnaisse que la frontière entre les deux types d'obligations ne se prête pas à une « *définition précise* »[377]. En outre, la Cour a établit un

---

[373] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n°39293/98 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[374] *Ibidem*, § 38 : « *La Cour rappelle que l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé. En outre, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées. En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10* ».

[375] Cour EDH, arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, req. n° 23218/94 AJDA 1996, p. 1016, obs. J.-F. Flauss.

[376] Sur ce point, V. l'opinion dissidente de M. le juge Martens, approuvée par M. le juge Russo, jointe à l'arrêt *Gül c. Suisse*, *préc.*, § 7. Il convient de souligner qu'un autre juge de la Cour de Strasbourg avait relevé qu'un même comportement étatique peut être interprété tantôt comme la violation d'une obligation positive et tantôt comme la violation d'une obligation négative, selon le point de vue privilégié ; Opinion concordante de M. le juge Wildhaber sous Cour EDH, arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, série A n° 299-B, p. 15 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 31, obs. F. Sudre.

[377] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Gül c. Suisse*, préc., § 38 ; Cour EDH, arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, série A n° 290, § 49 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, p. 764, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 58 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odievre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98, § 40 ; *JCP* 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2003, pp. 375-381, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39, comm. M. Levinet ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Sorensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark* du 11 janvier 2006, req. n° 52562/99 et 52620/99, § 58 ; JCP 2006, I, 164, n° 10, obs. F.

constat de violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, à l'encontre de la principauté d'Andorre, en raison de la mauvaise interprétation d'un acte privé par les juridictions internes, alors même qu'elle avait auparavant affirmé que « *l'on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale* »[378]. Ainsi, les deux catégories présentées ne seraient pas exhaustives puisque certains comportements étatiques sont contraires à la Convention, sans pour autant correspondre à la dichotomie traditionnellement employée par la Cour. A l'ingérence constituant la violation d'une obligation négative et la passivité contraire à une obligation positive, s'ajoute la méconnaissance des principes européens d'interprétation. S'agit-il d'une obligation mixte, impliquant action et abstention de l'Etat ? Cette assertion n'ayant pas été confirmée, il est préférable de considérer qu'il s'agit d'une maladresse de rédaction, d'autant plus qu'aucun régime de contrôle spécifique n'est associé à ce troisième comportement.

116. De surcroît, le glossaire présenté laisse présager un recours au paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la CEDH uniquement lorsqu'il y a violation d'une obligation négative. En effet, lorsqu'une ingérence est constatée, la Cour procède à un examen du comportement étatique à la lumière du paragraphe 2 de la disposition en cause afin d'établir ou d'exclure l'existence d'une justification à l'ingérence relevée et de conclure à un constat éventuel de violation de la Convention. Or, le second paragraphe, visant les ingérences, peut également « *jouer un certain rôle* »[379] s'agissant des obligations positives[380]. Ce constat nous invite à

Sudre ; AJDA 2006, p. 466, obs. J.-F. Flauss ; Cour EDH, arrêt *Bianchi c. Suisse* du 22 juin 2006, req. n° 7548/04, § 35.

[378] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, § 45 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, article 38285, note Ph. Malaurie.

[379] Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 37 ; *JDI* 1986, p. 796, obs. P. Rolland.

[380] Les confusions ici soulignées étaient également présentes dans les décisions de la Commission européenne des droits de l'Homme ; ainsi, a-t-elle « *constaté dans sa décision sur la recevabilité une "ingérence manifeste" mettant en jeu "les obligations positives du Gouvernement au titre de l'article 8", quoique légitimée dans une société démocratique par l'intérêt du bien-être économique du pays* », Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n° 172, § 38 ; *JDI* 1991, p. 774, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. Flauss.

examiner les conditions d'application des obligations positives instaurées par la Cour de Strasbourg.

β) Des conditions d'application approximatives

117. Si la présence d'une obligation positive constitue le préalable indispensable à l'application de la Convention jusque dans les relations des individus entre eux, il y a lieu d'examiner premièrement, les paramètres nécessaires à l'instauration d'une telle obligation, deuxièmement, le régime qui lui est consacré.

i) La recherche des obligations positives

118. Le raisonnement adopté afin de déterminer l'existence d'une obligation positive a été explicité et motivé par la Cour européenne dans divers arrêts. Afin de rattacher une obligation positive à un droit protégé par la Convention, la Cour procède à une mise en balance des intérêts individuels et général en présence, examen établi en faveur de l'Etat et au détriment de l'individu. La spécificité de cette détection est effectivement de veiller à ne pas surcharger l'Etat en lui imposant des obligations accablantes[381], irréalisables ou difficilement réalisables eu égard à l'intérêt général. Pour cela, la Cour use du principe de proportionnalité de façon inhabituelle. En effet, s'agissant des obligations positives, ce principe joue contre l'individu « *puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif* »[382]. Cet aspect de l'établissement d'une obligation positive, implicite dans beaucoup d'arrêts, a été ouvertement exposé en 1986 lors d'une affaire relative à l'absence de reconnaissance juridique de la nouvelle identité d'un transsexuel[383]. Ainsi, « *pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte -souci sous-jacent à la Convention tout entière- le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les*

---

[381] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 54 ; O. de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle de droit familial*, Larcier n° 3/1999, pp. 427-455, spéc. p. 440.

[382] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 55.

[383] Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106 ; *JDI* 1986, p. 796, obs. P. Rolland.

intérêts de l'individu. Dans la recherche d'un tel équilibre, les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle, encore que cette disposition parle uniquement des "ingérences" dans l'exercice du droit protégé par le premier alinéa et vise donc les obligations négatives en découlant »[384]. La Cour procède donc à un examen des implications de la reconnaissance d'une obligation positive pour l'Etat, démarche détaillée dans la suite de l'arrêt. Elle reconnaît en l'espèce que « *si la condition d'un juste équilibre (…) appelle peut-être, dans l'intérêt de personnes comme le requérant, des retouches au système en vigueur, elle ne saurait astreindre le Royaume-Uni à le remanier de fond en comble* »[385]. A la demande plus restrictive du requérant tendant à ce que l'annotation sur le registre des naissances soit secrète, la Cour répond que cela exige « *une modification radicale du système actuel* », risque de « *nuire au rôle du registre des naissances* » et « *négligerait les tiers, y compris des services publics (telle l'armée) ou des organismes privés (telles les compagnies d'assurance-décès) qui se verraient privés d'indications auxquelles ils ont légitimement droit* »[386]. La Cour prend donc en considération l'intérêt du requérant et l'intérêt général, ce dernier incluant l'intérêt des tiers. C'est pourquoi, après avoir détaillé l'ensemble des conséquences de la reconnaissance d'une obligation positive, la Cour conclut que « *si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui pour atteindre à l'équilibre voulu, on ne saurait considérer que les obligations positives de l'article 8 vont jusque-là* »[387]. Il convient de noter que l'étendue de la marge d'appréciation résulte, en l'espèce, de l'absence de communauté de vue entre les Etats contractants[388]. Cet arrêt constitue l'exemple topique du raisonnement traditionnellement adopté pour dégager une obligation positive.

119. De même, par exemple, s'agissant de l'accès aux informations qui auraient permis aux requérants de savoir s'ils avaient été exposés à des niveaux dangereux de rayonnement durant les essais nucléaires pratiqués sur l'île de Christmas, la Cour procède à une étude des différents intérêts en jeu et conclut que « *dans ces conditions, eu égard à*

---

[384] § 37.

[385] § 42.

[386] § 43.

[387] § 44.

[388] § 37.

l'intérêt des requérants à obtenir l'accès aux documents en question et à l'absence apparente d'un quelconque intérêt public à ne pas les communiquer, la Cour considère que l'article 8 fait peser sur l'Etat une obligation positive à cet égard »[389]. Il s'agissait en l'occurrence de l'anxiété et de la détresse importantes provoquées par l'incertitude dans laquelle se trouvaient les requérants quant à leur santé face à l'absence de motif impérieux tenant à la sécurité nationale de ne pas communiquer des informations relatives aux niveaux de rayonnement constatés sur l'île Christmas après les essais[390]. Néanmoins, l'intérêt général ou celui d'autrui n'est pas le seul pris en considération pour effectuer une balance des intérêts et dégager une obligation positive. Celle-ci résulte d'une approche syncrétique.

120. Selon les circonstances, la Cour inclut dans son appréciation divers paramètres supplémentaires. C'est en effet en considération de l'ensemble de la Convention européenne que la Cour établit l'existence d'une obligation positive. C'est pourquoi en recherchant si le respect effectif de la vie familiale protégée par l'article 8 entraîne l'obligation positive d'autoriser le divorce, la Cour affirme « *que la Convention doit se lire comme un tout ; la Cour ne croit pas que l'on puisse logiquement déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12* ». Elle conclut alors qu'on « *ne saurait considérer que les engagements assumés par l'Irlande au titre de l'article 8 impliquent pour elle l'obligation d'adopter des mesures autorisant le divorce et le remariage revendiqués par les requérants* »[391]. De même, le droit en cause ou l'un des aspects de ce droit exerce une influence sur l'orientation de la solution. Ainsi, à propos de la prescription empêchant les victimes de sévices sexuels d'engager une procédure civile, la Cour affirme que « *la nature de l'obligation de l'Etat dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause* »[392]. Or, la Cour considère que « *les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri*

---

389 Cour EDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, req. n° 21825/93 et 23414/94, § 101.

390 §§ 99-100.

391 Cour EDH, arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, § 57 ; *GACEDH* n° 47.

392 Cour EDH, arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, req. n° 22083/93, § 63 ; *RTDH* 1998, p. 781, obs. J. Sace.

de sortes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée »[393]. La fréquence de l'atteinte peut également favoriser la reconnaissance d'une obligation positive ; en ce sens, saisis d'une question relative à la situation juridique des transsexuels, les juges strasbourgeois ont opéré une balance des intérêts qui leur a permis d'opposer d'une part, l'absence de consensus médical et juridique, les questions complexes de morale et sociales, les intérêts d'autrui et, d'autre part, la fréquence de l'atteinte, qui en l'espèce ne permettait ni de considérer qu'il y avait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée ni de faire peser sur l'Etat une obligation positive de reconnaître juridiquement le nouveau sexe des requérantes[394]. De même, l'appartenance à une minorité peut justifier le constat d'une obligation positive. Ainsi, « *la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des cas particuliers. Dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* »[395]. Enfin, depuis l'arrêt *Botta contre Italie* du 24 février 1998, l'affirmation d'une obligation positive peut être soumise à la constatation de « *la présence d'un lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part, la vie privée et/ou familiale de celui-ci* »[396].

121. Ainsi, la reconnaissance d'une obligation positive résulte d'une étude circonstanciée des divers intérêts en jeu à laquelle s'ajoutent, par exemple, des considérations relatives aux prescriptions conventionnelles éventuellement intéressées par l'affirmation d'une obligation positive, à l'aspect du droit en cause, à la fréquence de l'atteinte, à l'appartenance à une minorité ou encore à l'établissement d'un lien direct et immédiat entre les mesures réclamées et une disposition de la CEDH. La détermination des enjeux de la

[393] *Ibidem*, § 64.

[394] Cour EDH, arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, req. n° 22985/93 et 23390/94, § 56-59 ; *RTDH* 1999, p. 637, obs. M. Levinet ; *JCP* 1999, I, 105, n° 42, obs. F. Sudre.

[395] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, req. n° 27238/95, § 96 ; *RTDH* 2001, p. 887, obs. F. Sudre ; *JCP* 2001, I, 342, n° 16 et 20, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2001, 448, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH* n° 45, comm. J.-P. Marguénaud.

[396] Cour EDH, arrêt, *Botta c. Italie* du 24 février 1998, req. n° 21439/93, § 34 ; *D.* 1998, somm. p. 371, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1999, p. 498, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1999, I, 105, n° 41, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1999, p. 595, obs. B. Maurer.

reconnaissance d'une obligation positive, et donc l'affirmation d'une obligation positive, est effectuée au cas par cas dès lors que la Cour est saisie d'une requête dont les implications juridiques sont nouvelles. Si, à l'inverse, elle s'est déjà prononcée sur le comportement étatique exigé, elle ne fait que viser sa jurisprudence antérieure sans effectuer de nouvelle recherche quant aux enjeux de l'énonciation d'une obligation positive. La Cour est par exemple souvent amenée à rappeler que l'Etat a l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir un parent et son enfant[397].

122. Enfin, à la frontière entre l'établissement d'une obligation positive et le régime dont elle relève se situe le problème de la preuve. Il semble, contrairement à l'avis d'un juge européen[398], que la charge de la preuve puisse revenir au requérant. L'arrêt *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni* comporte une telle indication puisque la Cour y estime que « *les requérantes n'ont pas démontré que depuis l'arrêt Cossey, en 1990, il y ait eu, dans le domaine de la science médicale, de quelconques découvertes propres à dissiper de manière concluante les doutes concernant les causes du transsexualisme* »[399], puis conclut son raisonnement par l'affirmation selon laquelle *« les requérantes n'ont pas établi qu'il pesait sur l'Etat défendeur une obligation positive, découlant de l'article 8 de la Convention, de reconnaître juridiquement leur nouveau sexe* »[400]. Cette information, quoique peu répandue dans la jurisprudence européenne, laisse perplexe quant au régime des obligations positives.

---

[397] Cour EDH, arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, série A n° 156, § 71 ; *JDI* 1989, p. 714, obs. P. Rolland ; *RTDH* 1990, p. 131, obs. Ch. Panier ; Cour EDH, arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A n° 299-A, § 55 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1995, p. 347, obs. J. Hauser ; Cour EDH, arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, req. n° 78028 et 78030/01, § 150 ; *D.* 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre.

[398] Opinion dissidente de M. le juge Martens, approuvée par M. le juge Russo, jointe à l'arrêt *Gül c. Suisse*, *préc.*, § 8 : « *la doctrine actuelle implique notamment que la distinction entre les deux types d'obligations ne revêt d'importance ni en ce qui concerne la charge de la preuve, ni pour ce qui est des critères permettant de juger s'il a été ménagé un juste équilibre au sens ci-dessus* ».

[399] Cour EDH, arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, req. n° 22985/93 et 23390/94, § 56 ; *RTDH* 1999, p. 637, obs. M. Levinet ; *JCP* 1999, I, 105, n° 42, obs. F. Sudre.

[400] § 61. Il faut distinguer cette situation de celle caractérisant le régime de preuve une fois que l'obligation positive est détectée. Dans l'affaire Osman, relative à une atteinte à la vie, la Cour refusant de soumettre l'obligation positive étatique au régime d'une faute lourde, précise que « *vu la nature du droit protégé par cet article, essentiel pour l'économie de la Convention, il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* », précité, § 116.

ii) Le régime des obligations positives

123. L'obligation positive mise à la charge de l'Etat étant distinguée des obligations traditionnelles, c'est à dire négatives, il en résulte logiquement deux régimes variables selon l'obligation retenue. Pourtant, la délimitation entre les règles applicables semble s'éroder à mesure de l'évolution de la jurisprudence européenne et aggraver la confusion lexicale évoquée précédemment.

124. Le régime des obligations positives a subi une évolution dont la synthèse effectuée par le juge Martens, dans une opinion jointe à l'arrêt *Gül*[401], doit être reprise. L'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*[402] relative au droit au respect de la vie familiale des étrangers est exemplaire du raisonnement antérieurement adopté par la Cour : après avoir relevé l'existence possible d'obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale, la Cour affirmait que « *la notion de "respect" manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention* »[403]. Or, le ménagement d'une marge étatique d'appréciation au moment de l'établissement de l'obligation positive fut critiqué au sein même de la Cour européenne. La latitude accordée à l'Etat intervenait avant la détermination de l'obligation, alors que s'agissant des obligations négatives elle n'entre en jeu que postérieurement au constat d'ingérence, afin, éventuellement, de justifier celle-ci[404].

---

401 Cour EDH, arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, req. n° 23218/94.

402 Cour EDH, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, série A n° 94 ; *JDI* 1986, p. 1084, obs. P. Rolland.

403 § 67. En ce sens, également, Cour EDH, arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, § 55 ; *GACEDH* n° 47, comm. A. Gouttenoire.

404 Juge Martens, § 8 de l'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Gül c. Suisse*, précité.

125. La jurisprudence européenne a depuis lors[405] subi une évolution unificatrice qui tend à fondre l'appréciation des obligations positives et celle relative aux obligations négatives. La Cour reconnaît en effet que « *la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de (l'article 8) ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation* »[406]. Cette solution, désormais classique, aboutit à intégrer dans l'appréciation effectuée et s'agissant des droits proclamés par les articles 8 à 11 de la Convention les restrictions admissibles selon le paragraphe 2 de ces dispositions. Ainsi, saisie d'une requête relative aux nuisances provoquées par une station d'épuration des eaux et de traitement des déchets d'une tannerie, la Cour a constaté : « *que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'Etat -adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu en vertu du paragraphe 1 de l'article 8-, comme le souhaite la requérante, ou sous celui d'une "ingérence d'une autorité publique", à justifier selon le paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins (…). En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1, les objectifs énumérés au paragraphe 2 peuvent jouer un certain rôle dans la recherche de l'équilibre voulu* »[407]. La distinction entre les deux catégories d'obligations étatiques est donc ténue même s'il semble que s'agissant des obligations positives « *la démarche est moins analytique ; la question de savoir si une ingérence a été commise ne fait pas l'objet d'une analyse distincte de la question de savoir si*

---

[405] Cour EDH, arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, série A n° 290 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, p. 764, obs. P. Tavernier ;

[406] Cour EDH, arrêt *Keegan c. Irlande*, préc. § 49 ; arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A n° 299-A, § 55 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1995, 347, obs. J. Hauser ; Cour EDH, arrêt *Kroon et autres c. Pays-bas* du 27 octobre 1994, série A n° 297-C, § 31 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1996, p. 183, obs. P. Georgin ; *JDI* 1995, p. 783, obs. E. Decaux ; Cour EDH, arrêt *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, série A n° 299-B, § 39 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 31, obs. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, req. n° 23218/94, § 38, préc. ; Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99, § 58 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odievre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98, § 40, préc.

[407] Cour EDH, arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-C, § 51 ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, pp. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3, comm. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n° 172, § 41 ; *JDI* 1991, p. 774, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. Flauss.

le droit revendiqué existe en effet c'est à dire s'il a l'extension prévue par le requérant »[408]. Dès lors, une distinction entre le moment de la détection de l'obligation positive et le régime y relatif semble perdre de son intérêt.

126. La délimitation des obligations négatives et positives devient ainsi délicate en raison de la confusion entretenue par les juges européens. Certains d'entre eux relèvent l'absence de « *différence substantielle* » entre obligation positive et obligation négative s'agissant de la charge de la preuve[409] ou encore des critères permettant de juger s'il a été ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté[410], et prônent en conséquence une unification totale des régimes. Ainsi est-il proposé à la Cour qu'en présence d'une obligation positive elle recherche l'existence d'une ingérence dans le droit garanti par l'article 8 paragraphe 1, puis si cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait des buts légitimes et était nécessaire dans une société démocratique au sens du paragraphe 2[411]. Les avantages d'une telle suggestion ont été examinés et relativisés. Olivier de Schutter[412] estime en effet que s'agissant des obligations positives le contrôle de la proportionnalité de l'acte reproché à l'Etat est effectué sous la forme de la recherche du juste équilibre[413]. Quant à la condition de légalité, elle n'aurait selon cet auteur aucune utilité. En effet, selon une première hypothèse, les obligations positives consistent en l'organisation d'un cadre juridique lorsqu'un tel cadre fait défaut ou un tel cadre existe mais crée lui-même la violation alléguée : imposer que l'ingérence soit prévue par la loi serait purement tautologique. Selon une seconde hypothèse, l'obligation positive consiste en la fourniture de certains services ayant pour l'Etat des implications budgétaires. Dès lors, la condition de légalité ne servirait, selon l'auteur, à rien. Pourtant, l'examen de cette formalité pourrait être

---

408 O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 359.

409 Sur ce point, voy. *supra*.

410 Opinion dissidente de M. le juge Martens, approuvée par M. le juge Russo, précitée, § 9..

411 Opinion concordante de M. le juge Wildhaber, précitée, p. 15.

412 O. de Schutter, *op. cit.*, p. 361.

413 Selon O. de Schutter le principe de proportionnalité est constitutif du respect des obligations positives et apparaît sous l'appellation « *juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* » ou entre « *les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* », *loc. cit.*

ponctuellement justifié. En effet, l'affaire *Botta contre Italie*[414] peut être avancée au soutien de cette thèse : en l'espèce, une législation interne mettait à la charge de l'Etat l'obligation de garantir aux personnes handicapées le respect de certains droits, devoir qui ne fut pas observé. Examinant l'affaire sous l'angle de l'article 8 de la Convention, la Cour a conclu de façon timorée à l'absence d'obligation positive, la disposition susvisée n'étant, selon elle, pas applicable. Or, la condition de légalité aurait pu être examinée de façon novatrice, non plus pour savoir si l'ingérence « *était prévue par la loi* » mais afin d'établir si l'obligation positive de l'Etat « *était prévue par la législation interne* ». Un fondement juridique interne aurait ainsi justifié l'audace que la Cour européenne n'a pas su avoir.

127. Les discussions doctrinales relatives à la technique des obligations positives font douter de la nécessité de recourir à ce procédé afin de soumettre les relations interindividuelles au droit européen des droits de l’Homme, détour technique que la Cour européenne omet parfois d'effectuer[415]. L’existence d’obligations positives permet cependant d’asseoir la dimension interpersonnelle de la Convention et leur absence encadre indirectement cette diffusion des droits de l’Homme. En dépit d’une technique parfois confuse, l’intérêt des obligations positives est de circonscrire la dimension horizontale des dispositions européennes en délimitant le champ des interventions étatiques. Le recours à l’article premier de la CEDH constituant la seconde modalité de diffusion de l’effet horizontal, un examen de cette construction ainsi qu’une comparaison des deux techniques doivent être effectués. Il apparaîtra alors que l’usage de l’article premier permet de surmonter certaines difficultés inhérentes aux obligations positives et d’accroître l’effectivité mise en place par celles-ci.

2/ La consolidation de l’effet horizontal par l’article 1er de la CEDH

128. L’article premier de la CEDH, en raison de ses caractéristiques et de ses modalités d’application, consolide l’assise de l’effet horizontal au sein du système européen de protection des droits de l’Homme. La Cour européenne avait présenté les conditions de fonctionnement de la disposition liminaire lors de l’affaire *Irlande contre Royaume-Uni*

[414] Cour EDH, arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, req. n° 21439/93, préc.

[415] V. *infra*.

examinée le 18 janvier 1978[416]. Elle avait alors énoncé que « *l'article 1 délimite, avec les articles 14, 2 à 13 et 63 le domaine de la Convention* ratione personae, materiae et loci. *Il figure en outre parmi ceux, nombreux, qui marquent le caractère obligatoire de la Convention. Il renvoie aux clauses du Titre I et ne joue donc que combiné avec elles ; sa violation résulte automatiquement de la leur, mais elle n'y ajoute rien et la Cour ne l'a jamais constatée jusqu'ici quand elle a décelé une inobservation de ces clauses* »[417]. Ainsi, l'article premier participe à la délimitation du champ d'application de la Convention d'une part et manifeste le caractère obligatoire de ce texte d'autre part. L'intérêt de ces caractéristiques au regard de l'effet horizontal doit être évalué.

129. L'article premier est une disposition majeure du texte européen en ce qu'il permet de circonscrire son champ d'application *ratione personae, materiae* et *loci*. La notion de juridiction qui y est contenue rend effectivement possible la délimitation de la compétence territoriale des Etats[418]. Elle autorise également l'établissement d'un lien entre le comportement d'un particulier et celui des autorités étatiques et permet d'accueillir des requêtes contestant, indirectement, des violations d'origine privée. Ainsi, l'article 1 apporte une légitimité conventionnelle[419] au mécanisme d'imputabilité d'une action individuelle à l'Etat et assied plus fermement l'applicabilité interpersonnelle des dispositions européennes. En outre, la disposition liminaire fonde l'ajout d'un volet procédural à certains droits matériels. Il en est ainsi, par exemple, des droits à la vie et à l'intégrité physique et du droit de propriété[420]. L'effectivité des droits, implicitement visée à l'article 1, justifie de telles exigences[421]. L'article premier apparaît donc comme une disposition essentielle de l'ordre

---

[416] Série A, n° 25 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

[417] § 238.

[418] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A n° 310, §§ 62 et 96 ; *RGDIP* 1998, p. 123, obs. G. Cohen-Jonathan ; *Justices* 1997, p. 169, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 1998, p 102, obs. J.-P. Cot (« La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre ») ; *JDI* 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 1, comm. F. Sudre ; Cour EDH, Déc. (irrecevable) *Saddam Hussein c. 21 Etats* du 14 mars 2006, req. n° 23276/04.

[419] V. *supra*.

[420] V. *supra*.

[421] « *Inspirés de l'idée que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs, la Commission et la Cour ont fait de l'article 1 de la Convention une pierre angulaire du système européen de protection solidaire et universelle des droits*

juridique européen[422]. La Cour a d'ailleurs précisé que « *la portée de l'article 1 (…) est déterminante (…) pour la portée et l'étendue de tout le système de protection des droits de l'Homme mise en place par la Convention* ». Dès lors, l'effet horizontal ne peut que bénéficier d'une autorité accrue lorsqu'il est fondé sur cet article « déterminant ».

130. Par ailleurs, les conditions d'application de l'article 1 de la CEDH sont simples puisque cette disposition bénéfice d'une suprématie sur les autres articles et ne peut jouer que combiné avec ces derniers[423]. L'absence d'autonomie de l'article premier, annoncée lors de l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*[424], a été confirmée par la Grande Chambre de la Cour le 22 mars 2001[425]. En l'espèce, les requérants alléguaient que la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne consacrait une justice à deux vitesses en interdisant aux anciens citoyens de la RDA, devenus citoyens de la RFA, de se prévaloir du principe de non-rétroactivité des lois pénales consacré par l'article 7 § 1 de la Convention, et ce au mépris de l'article 1 de l'instrument européen. La Cour leur a répondu que leur grief « *ne saurait se fonder sur l'article 1 de la Convention, disposition-cadre qui ne peut être violée séparément* »[426]. Il s'agit donc bien d'une disposition cadre qui ne peut pas être invoquée isolément, mais doit être combinée avec d'autres dispositions européennes[427]. Ce constat confère une portée

---

de l'Homme » : J.-A. Carrillo-Salcedo, « Article 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article part article*, 2ème éd., Economica, 1999, p.135, spéc. p. 141.

422 En ce sens, J.-P. Costa considère « *qu'il faut prendre l'article 1er au sérieux* » ; « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 483, spéc. p. 500.

423 Il faut réserver la situation où la Cour détermine, sous l'angle de l'article 1er, l'étendue de la juridiction d'un Etat ; cet examen n'entraîne cependant pas un constat de violation au regard de cette disposition ; par exemple, Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilsacu et autres c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004, req. n° 48787/99, § 310 et suivants ; *RTDH* 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; *GACEDH*, n° 67.

424 Préc.

425 Cour EDH, Gde ch., arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98 ; *RTDH* 2001, p. 1109, obs. P. Tavernier ; Déjà, Comm. EDH, déc. *Danini c. Italie* du 14 décembre 1996, req. n° 22998/93.

426 § 112.

427 Cette position a été confirmée, Cour EDH, arrêt *Dogan et autres c. Turquie* du 29 juin 2004, req. n° 8803-8811/02, 8813/02, 8815-8819/02 ; *JCP* 2004, I, 161, n° 16-17, obs. F. Sudre.

générale à l'article premier qui peut même être invoqué spontanément par la Cour afin d'interpréter les autres dispositions de la Convention. A propos de la requête de personnes victimes des bombardements effectués à Belgrade en 1999 par les forces aériennes de l'OTAN, parties à la CEDH, la Cour a refusé l'application de l'article 15 de la Convention en considération de l'article 1er[428]. L'article 15 n'autorise aucune dérogation au droit à la vie, même en cas d'état d'urgence, mais « *la Cour ne décèle aucun élément qui lui permettrait d'accueillir la thèse des requérants selon laquelle l'article 15 couvre l'ensemble des situations de "guerre" et d' "urgence", tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire des Etats contractants. De fait, l'article 15 doit se lire à la lumière de la limitation de "juridiction" énoncée à l'article 1 de la Convention* ». La faculté que la Cour se réserve de combiner la disposition liminaire avec toute autre disposition conventionnelle peut donc lui permettre d'octroyer une dimension horizontale à de nombreux droits et libertés garantis par le texte européen[429]. Outre la délimitation du champ d'application de la Convention, la particularité majeure de l'article premier est de conférer un caractère obligatoire aux dispositions conventionnelles auxquelles il est associé.

131. Le caractère obligatoire de l'article premier est une caractéristique essentielle de cette disposition qui, depuis 1998, a pour intitulé « *Obligation de respecter les droits de l'Homme* ». C'est en effet en vertu de cet article que la Cour impose des obligations spécifiques aux Etats ou justifie parfois l'existence d'obligations positives spéciales. Ainsi a-t-elle pu affirmer dans l'affaire *Bankovic et autres*[430] que « *la portée de l'article 1, qui se trouve au cœur du présent litige, est déterminante pour celle des obligations positives pesant sur les Parties contractantes et, partant, pour la portée et l'étendue de tout le système de protection des droits de l'Homme mis en place par la Convention* »[431]. L'obligation générale issue de l'article premier permet ainsi de renforcer l'injonction faite aux Etats. L'arrêt *Osman*

[428] Cour EDH, Gde Ch., déc. *Bankovic et autres contre 17 Etats* du 12 décembre 2001, req. 52207/99, § 62 ; *JCP* 2002, I, 105, n° 1, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2002, p. 1057, obs. G. Cohen-Jonathan ; *CDE* 2002, p. 752, obs. J. Andriantsimbazovina ; *AFDA* 2002, p. 501, obs. J.-F. Flauss.

[429] Sous réserve qu'ils soient applicables dans les relations privées, V. introduction.

[430] Préc.

[431] § 65.

contre Royaume-Uni[432] peut fournir un exemple en ce sens. L'affaire, rappelons-le, concernait une violation alléguée de l'article 2 par le Royaume-Uni en raison de l'absence de protection de la famille Osman contre les agissements criminels d'une personne privée[433]. La Cour avait alors indiqué que l'article 2 peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui[434]. La juridiction strasbourgeoise avait ainsi adopté un raisonnement similaire à celui relatif aux obligations positives spéciales puisque après avoir énoncé la présence d'une obligation positive, elle avait étendu celle-ci aux agissements d'autrui. Les juges n'avaient donc pas estimé utile de fonder explicitement l'obligation étatique et l'effet horizontal sur l'article premier, probablement parce que le Gouvernement n'avait pas contesté cette thèse[435]. Ce n'est que lorsque le Royaume-Uni propose de soumettre l'obligation positive, issue de l'article 2, à des conditions exceptionnelles et à un régime particulier, que la Cour invoque l'obligation générale contenue dans l'article 1 de la CEDH. Selon le Gouvernement britannique, pour retenir sa responsabilité, il aurait fallu démontrer que l'absence de mesures préventives de la part des autorités constituait une faute lourde ou un manquement délibéré à leur obligation de protéger la vie[436]. En réponse à l'Etat, les juges affirment qu' « *un critère aussi rigoureux serait incompatible avec les exigences de l'article 1 de la Convention et avec l'obligation pour les Etats contractants au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument, y compris par l'article 2* »[437]. Il semble que la Cour, acculée, avance au soutien de sa réponse une obligation positive générale d'effectivité exprimée dans l'article premier. Or, ce fondement n'avait pas été sollicité auparavant. Ainsi, l'obligation positive reliée à l'article premier de la Convention permet d'amplifier la fermeté de la décision européenne imposant un comportement spécifique à l'Etat. Subséquemment, l'effet horizontal se trouve également conforté.

---

[432] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94 ; JCP 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

[433] V. *supra*.

[434] § 115.

[435] § 107.

[436] §§ 107 et 116.

[437] § 116.

132. Certains arrêts de la Grande Chambre de la Cour européenne, n'impliquant *a priori* aucun effet horizontal, permettent de préciser le potentiel d'application de l'article premier. Le 17 février 2004, dans l'affaire *Gorzelik et autres contre Pologne*[438], les juges ont retenu une interprétation inattendue du caractère obligatoire de l'article 1 de la Convention. L'affaire ne comportait aucune dimension horizontale puisque les requérants se plaignaient du refus des autorités polonaises d'enregistrer leur association dénommée « Union des personnes de nationalité silésienne ». Un premier arrêt de chambre, rendu le 20 décembre 2001, avait conclu à l'absence de violation de l'article 11, le comportement étatique ayant été considéré comme nécessaire dans une société démocratique. En effet, l'intitulé et les statuts de l'association auraient permis à celle-ci de revendiquer certains avantages réservés aux minorités nationales, tels que l'attribution automatique de sièges électoraux. Examinant l'affaire sous l'angle de l'article 11, la Grande Chambre de la Cour rappelle l'importance majeure de la liberté d'association dans une société démocratique, laquelle est caractérisée par le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture. Les citoyens doivent pouvoir participer au processus démocratique par le biais d'associations. Les juges européens ajoutent néanmoins que « *la liberté d'association n'est pas absolue et il faut admettre que lorsqu'une association, par ses activités ou les intentions qu'elle déclare expressément ou implicitement dans son programme, met en danger les institutions de l'Etat ou les droits et libertés d'autrui, l'article 11 ne prive pas les autorités d'un Etat du pouvoir de protéger ces institutions ou personnes. Cela découle à la fois du § 2 de l'article 11 et des obligations positives qui incombent à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître les droits et libertés des personnes relevant de sa juridiction* »[439].

133. La possibilité d'apporter des restrictions à la liberté d'association était déjà contenue dans la jurisprudence européenne. Cependant, la Cour affirme que le fondement de ces restrictions repose à la fois sur le § 2 de l'article 11, ce qui est logique car conforme au texte, et sur l'article 1, ce qui est plus surprenant[440]. En effet, jusqu'à présent, l'article premier

[438] Req. n° 44158/98 ; *JCP* 2004, I, 161, n° 13, obs. F. Sudre.

[439] § 94.

[440] V. déjà, Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres contre la Turquie* du 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2003, p. 609, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet ; Les juges ont considéré que la décision des autorités turques de dissoudre le parti de la prospérité est « *en conformité avec les obligations positives pesant sur les Parties contractantes dans le cadre de l'article 1 de la Convention pour le respect des droits et libertés des personnes relevant de leur juridiction. Ces*

avait permis à la Cour de garantir l'effectivité des droits, que l'atteinte soit d'origine privée ou publique, et de renforcer le champ des injonctions. Or, par cette décision, la Cour semble recourir à l'article 1er pour soutenir certaines ingérences étatiques. Ainsi, le pouvoir de l'Etat de protéger les droits d'autrui, tel que le prévoit le paragraphe second de l'article 11, découlerait des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 1. Ce raisonnement apparemment peu progressiste et en contradiction avec la jurisprudence européenne antérieure peut néanmoins être justifié. En effet, l'obligation positive issue de l'article 1 impose aux Etats de garantir les droits conventionnels des personnes relevant de leur juridiction ; or l'ingérence polonaise permettait justement de protéger les droits des autres citoyens contre d'éventuelles atteintes à la démocratie, la restriction imposée étant effectuée dans l'intérêt général. La Cour relève en ce sens que l'intervention des autorités polonaises était motivée par le souci de « *mettre (…) à l'abri d'atteintes les droits d'autres personnes ou entités participant aux élections législatives* »[441], qu'elle se justifiait par la nécessité de « *sauvegarder les institutions démocratiques et les procédures électorales existantes en Pologne et donc, sous l'angle de la Convention, de défendre l'ordre et de protéger les droits d'autrui* »[442]. Ainsi, si l'article 1 impose aux Etats de garantir à tous les droits et libertés de la Convention, il leur commande subséquemment de limiter les droits des uns pour préserver les droits des autres. Par cet arrêt, cette faculté se muerait en devoir. Dès lors que les droits d'autrui sont en jeu, l'Etat n'aurait plus la faculté mais l'obligation d'intervenir. Il apparaît alors que l'effectivité souhaitée par l'article 1 estompe la division entre contentieux « vertical » et contentieux « horizontal » puisqu'elle permet de réintroduire, dans une affaire impliquant l'Etat et une personne morale, une obligation de respect des droits de l'Homme *erga omnes*. Cependant, on peut s'interroger sur la nécessité de recourir à l'article premier pour garantir les droits d'autrui alors que ceux-ci font déjà l'objet d'une protection dans le paragraphe second de l'article 11. Il est possible que la Cour ait voulu marquer et renforcer le caractère légitime de l'intervention étatique. La disposition liminaire serait alors une nouvelle fois sollicitée pour affermir le caractère obligatoire des dispositions

---

obligations ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'Etat ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'Etat », § 103.

[441] § 102.

[442] § 103.

de la Convention. De fait, cet usage de l'article 1 de la CEDH permet aussi de consolider l'effet horizontal, puisqu'il autorise une réintroduction des enjeux interindividuels dans les affaires où, *a priori*, ils n'ont pas à être visés.

134. Le 10 novembre 2005, lors de l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie*[443], la Grande Chambre de la Cour a retenu un raisonnement similaire à propos de la liberté de pensée, de conscience et de religion. En l'espèce, la requérante contestait sur le fondement de l'article 9 l'interdiction de porter le foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur. La Grande Chambre a alors énoncé, au titre des principes généraux de l'article 9, que dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun : « *cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'Etat en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention* »[444].

135. En conclusion, il résulte de cet exposé que l'article premier est une disposition essentielle de la Convention parce qu'il en exprime le caractère impératif. Fondé sur l'article 1, l'effet horizontal bénéficie de l'autorité attachée à cette disposition. Pourtant, une confusion demeure puisque selon certains arrêts européens les obligations positives spéciales et l'article 1er sont deux fondements alternatifs de l'effet horizontal, alors que selon d'autres arrêts les obligations positives spéciales semblent être déduites de l'article premier. C'est pourquoi l'opacité de la logique européenne doit être clarifiée par une articulation cohérente des deux fondements de l'effet horizontal.

[443] Req. n° 44774/98 ; *JCP* 2006, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

[444] § 106 (Aucun arrêt n'est cité à la suite de cette affirmation) ; L'arrêt de chambre, rendu le 29 juin 2004, ne comporte pas la même formulation ; *D.* 2004, p. 204, note G. Yildirim.

§ II – L'INTÉRÊT D'UNE ARTICULATION COHÉRENTE DES FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL

136. En 2001, la Cour européenne a affirmé qu'il « *n'est pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre personnes privées* »[445]. Cette affirmation fait écho au refus explicite d'élaborer une théorie des obligations positives[446]. Une théorie générale de l'effet horizontal, inutile et inopportune selon les juges européens, permettrait pourtant de clarifier les caractéristiques de la dimension interindividuelle de la CEDH et de préciser l'étendue exacte des engagements étatiques. Elle pourrait aussi mettre un terme à la confusion résultant de la dualité des fondements de l'effet interpersonnel de la Convention. Il semble pourtant peu probable que la Cour revienne sur cette affirmation. L'absence de théorie lui permet en effet de construire son raisonnement de manière empirique au gré de ses objectifs ; elle n'est ainsi liée, ni par la forme, ni par le fond. Elle peut maintenir les deux fondements de l'effet horizontal –les obligations positives et l'article premier- et elle peut, surtout, se réserver la possibilité d'étendre la dimension horizontale du texte européen. Le défaut de théorie offre ainsi à la Cour une souplesse d'interprétation nécessaire au contrôle du respect des droits de l'Homme et à la variété des conflits interindividuels pouvant émerger, mais cette situation a pour corollaire d'occulter la logique des raisonnements européens. En effet, les juges de Strasbourg usent alternativement et indistinctement des obligations positives spéciales et de l'article premier afin de justifier l'effet horizontal de la Convention. Or, une clarification des méthodes de diffusion des garanties européennes dans les relations interindividuelles est souhaitable, parce que « *l'adhésion aux principes européens suppose l'existence d'une jurisprudence bien équilibrée, claire, voire transparente* »[447]. Il convient donc de s'interroger sur le point de

---

[445] Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 46 ; *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir ; *AJDA* 2001, p. 1074, obs. J.-F. Flauss.

[446] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 31 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

[447] G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme » in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995, pp. 39-64, spéc. p. 40 ; du même auteur, « Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne*, *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 245, spéc. p. 262-263.

savoir pourquoi la Cour invoque tantôt les obligations positives ou l'article 1, tantôt ces deux constructions à la fois ou même se réserve exceptionnellement la possibilité de ne recourir à aucun de ces deux fondements. De même, chaque fondement bénéficiant d'un intérêt spécifique pour l'établissement de l'effet horizontal des droits de l'Homme, il est nécessaire de rechercher comment il serait possible de concilier ces deux sources de l'effet horizontal. Aussi, il semble que la confusion engendrée par l'absence de coordination des fondements de l'effet interpersonnel de la CEDH (A) pourrait être atténuée par l'établissement d'une distinction entre le fondement et l'encadrement de l'effet horizontal (B).

A/ L'ABSENCE DE COORDINATION DES FONDEMENTS DE L'EFFET HORIZONTAL, SOURCE D'INCOHÉRENCE

137. A partir des raisonnements actuellement retenus par la Cour européenne des droits de l'Homme, il convient déterminer si les juges strasbourgeois suivent une ligne directrice, si une logique peut être dégagée des arrêts affirmant l'effet horizontal de la Convention.

138. Aucune difficulté majeure ne résulte de l'effet horizontal des articles 2 et 3 de la CEDH. Celui-ci a toujours été fondé, plus ou moins explicitement, sur la disposition liminaire de la Convention[448]. La jurisprudence européenne est claire et invariable. Les droits

---

[448] V. *supra*. Relevons qu'il existe un arrêt européen autorisant une application horizontale de la Convention, sans que la Cour ait jugé utile de recourir aux procédés habituels de détection d'une obligation positive circonscrite à l'article 3 ou justifiée par l'article premier du texte européen. La Cour européenne a ainsi admis le principe d'une diffusion horizontale de la Convention sans détour par le mécanisme classique des obligations positives ou par l'article premier dans l'arrêt *H.L.R. contre France* du 29 avril 1997, req. n° 24573/94 (*RUDH* 1997, p. 347, note N. Chauvin ; *JCP* 1998, I, 107, n° 9, obs. F. Sudre). La France s'apprêtait à expulser un délinquant qui avait collaboré avec la police nationale, vers son pays d'origine, la Colombie, territoire sur lequel il était exposé à la vengeance des trafiquants de drogue qui l'avaient recruté en tant que passeur. La Cour, après avoir examiné le caractère objectif du danger, affirma que « *l'expulsion d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. En pareil cas, cette disposition implique de ne pas expulser la personne en question vers ce pays* » (§ 34). Or, le risque allégué en l'espèce provenait des représailles susceptibles d'être exercées par des trafiquants, personnes privées. C'est pourquoi, la Cour ajoute qu'en raison « *du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique* » (§ 40). La Cour précise néanmoins qu'il faut « *démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'Etat*

à la vie et à l'intégrité physique ont un caractère obligatoire et doivent être impérativement protégés, même contre les ingérences privées. Ces droits impliquent en outre des mesures de prévention de l'Etat. La limpidité de cette jurisprudence provient probablement du caractère primordial et de la délimitation aisée de ces droits[449]. Il est en effet incontestable que les droits à la vie et à l'intégrité physique sont essentiels à l'être humain et indispensables à la jouissance des autres droits. Dès lors, enjoindre aux Etats de respecter et de faire respecter ces droits en toute occurrence ne pose aucune difficulté de principe. Seules des appréciations d'espèce permettront éventuellement d'écarter la responsabilité étatique. Ainsi, la Cour use toujours du même raisonnement afin de savoir si l'Etat a une obligation de prévenir les atteintes à la vie et à l'intégrité physique provenant des autorités publiques ou de personnes privées. L'effet horizontal des articles 2 et 3 est donc aisé à comprendre. La constance du raisonnement européen rend celui-ci prévisible. A l'inverse, il semble que l'effet horizontal de l'article 8 soit toujours précédé de l'énonciation d'obligations positives spéciales[450]. Le choix entre l'article premier et les obligations positives dépendrait-il de la disposition en cause ? Ainsi, la dimension interindividuelle de l'article 8 serait invariablement construite selon le raisonnement élaboré lors de l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas*[451], c'est-à-dire à partir du concept d'obligations positives, et l'effet horizontal des articles 2 et 3 résulterait inéluctablement de l'article premier. Dès lors, il serait possible de considérer que la logique de la Cour est de puiser dans sa jurisprudence antérieure la formulation horizontale spécifiquement attachée à

---

de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée » et conclut à l'absence de violation de l'article 3 si la mesure d'expulsion était appliquée (§§ 40-41).

[449] S'agissant du droit à la vie de la personne humaine née, puisque la Grande Chambre de la Cour européenne refuse « *actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2* », Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, § 85 ; *RTD civ.* 2004, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2004, p. 2436, note J. Pradel ; *JCP* 2004, II,10158, note M. Levinet ; *JCP* 2005, I, 103, n° 16,obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, I, 110, n° 4, obs. M. Nadaud ; *GACEDH*, n° 9, comm. M. Levinet.

[450] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. 69498/01, § 43. *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie. Une exception à cette construction classique a été relevée dans une décision d'irrecevabilité où les juges avaient combiné les articles 1 et 8 de la CEDH afin de reconnaître l'effet horizontal de la vie privée : Cour EDH, déc. *Schüssel c. Autriche* du 22 février 2002, req. n° 42409/98, V. *supra*.

[451] Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

chaque disposition conventionnelle. Une étude de l'effet horizontal de l'article 10 infirme cette appréciation. En effet, les décisions européennes retenant une dimension interindividuelle de la liberté d'expression font l'objet d'une construction très variable. Soit l'effet horizontal précède l'affirmation d'obligations positives, soit il découle de l'existence d'obligations positives spéciales, soit il repose sur l'article 1 de la CEDH. L'examen de quatre arrêts européens, rendus entre 2000 et 2003, suffit à relever ces dissemblances.

139. L'arrêt *Fuentes Bobo*, rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme en février 2000[452], affirme l'applicabilité de l'article 10 aux relations de droit privé, mais vient jeter un doute sur la voie empruntée par les juges strasbourgeois afin d'octroyer une dimension horizontale à la CEDH. En l'espèce, Monsieur Fuentes Bobo, employé de la Télévision espagnole, fut licencié après avoir critiqué la gestion de cette entreprise et le comportement de ses dirigeants. Il se plaignait donc d'une violation de son droit à la liberté d'expression. En réponse à l'argument préalable du gouvernement espagnol selon lequel on ne pouvait lui imputer le licenciement litigieux en raison du caractère privé de l'employeur, la Cour précise que « *l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé* »[453], ce qui implique une applicabilité horizontale de la Convention. Puis elle ajoute qu' « *en outre, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées. En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10* »[454]. Cet arrêt présente, quant au raisonnement de la Cour, une singularité. En effet, les juges européens posent le principe d'une applicabilité horizontale de la Convention avant même de déterminer l'existence d'une obligation positive. Le raisonnement traditionnel faisant des obligations positives le support de l'effet horizontal semble donc inversé. Au surplus, l'obligation positive imposée à l'Etat de faire respecter la liberté d'expression entre personnes

---

[452] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. 39293/98 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[453] § 38. Cour EDH, arrêt *Schmidt et Dahlström c. Suède* du 6 février 1976, série A n° 21, § 33 ; *CDE* 1978, pp. 348-350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1976, pp. 122-127, chron. R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme ».

[454] *Ibidem.*

privées paraît être imposée uniquement dans « *certains cas* », sans précision supplémentaire[455]. L'effet horizontal de la Convention deviendrait-il un principe, renforcé dans certaines circonstances par une obligation positive permettant de déterminer les contours de la responsabilité étatique ? Cette interprétation de la Convention n'est actuellement corroborée par aucune décision européenne. Un mois plus tard, la Cour se prononçait sur l'affaire *Özgür Gündem*[456] en adoptant un raisonnement distinct de celui retenu dans l'arrêt *Fuentes Bobo*[457]. En l'espèce, les requérants, rédacteurs d'un quotidien, reprochaient à l'Etat turc de ne pas les avoir protégés contre les agressions systématiques et les campagnes d'intimidation dont ils faisaient l'objet. Se fondant sur la jurisprudence *X et Y contre Pays-Bas*[458], la Cour précise que « *l'exercice réel et efficace (de la liberté d'expression) ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures de protection jusque dans les relations des individus entre eux* », avant de préciser que l'existence d'une obligation positive résulte de l'examen du juste équilibre à garantir[459]. Les juges ont donc retenu une construction plus classique de l'effet horizontal.

140. En 2001[460], la Cour adopte encore un raisonnement différent et justifie l'effet horizontal de la liberté d'expression par l'article 1er, les arrêts *Marckx*[461] et *Young, James et*

---

455 Ajoutons également qu'une confusion sémantique peut être relevée puisque le non-respect de l'obligation positive est en l'espèce qualifié d'ingérence ; sur ce point, V. *supra*.

456 Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93 ; *RTDH* 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

457 Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. 39293/98 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

458 Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

459 § 43.

460 Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. 24699/94, § 46 ; préc.

461 Cour EDH, arrêt Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A n° 31 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

Webster[462]. En l'espèce, la Cour européenne devait établir si le refus de diffuser une publicité, opposé par une société de droit privé, relevait de la juridiction de l'Etat défendeur. Elle a alors a cité le contenu de l'article 1, affirmé l'existence possible d'obligations positives et conclut que la responsabilité d'un Etat peut être engagée s'il n'a pas respecté son obligation d'édicter une législation interne[463]. Cette dernière précision était sans intérêt puisque la Cour énonce ensuite que c'est le droit interne, tel qu'interprété en dernier ressort par les juridictions, qui a légitimé le traitement dont se plaint l'association requérante[464]. Dans l'affaire *Appleby contre Royaume-Uni* du 6 mai 2003[465], la Cour s'est à nouveau prononcée sur un litige relatif au respect de la liberté d'expression entre personnes privées et a motivé l'effet horizontal de l'article 10 par les seules obligations positives. L'affaire, examinée précédemment[466], intéressait le refus par une société privée d'accueillir dans ses locaux une association souhaitant s'exprimer sur la protection de l'environnement ; elle variait donc assez peu de l'arrêt précédent qui concernait le refus par une société privée de diffuser la publicité d'une association. Au titre des principes généraux[467], la Cour rappelle l'exigence possible de mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux, et renvoie aux arrêt *Özgür Gündem*[468] et *Fuentes Bobo*[469]. Examinant l'espèce, les juges affirment que l'Etat n'a pas de responsabilité directe, sans pour autant évoquer la possible imputabilité du comportement individuel ni se référer à la notion de juridiction. Ils considèrent simplement

[462] Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44 ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. Rolland.

[463] § 45.

[464] La Cour a considéré que « *dans les faits, le discours politique de l'association requérante a fait l'objet d'une interdiction* » (§ 47) avant de poursuivre son examen de l'affaire en affirmant qu'il y a eu ingérence d'une autorité publique, prévue par la loi et visant à protéger les droits d'autrui, mais ne répondant pas à un besoin impérieux. L'arrêt se conclut donc par un constat de violation de l'article 10.

[465] Cour EDH, arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, req. n° 44306/98.

[466] V. supra.

[467] § 39.

[468] Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93, préc.

[469] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98, préc.

qu'il convient de rechercher si l'Etat a une obligation positive[470], avant de conclure que l'Etat n'a pas failli à une obligation positive de protéger la liberté d'expression des requérants[471]. Le recours à la technique des obligations positives semble ici permettre à la Cour de rechercher s'il convient, ou non, d'étendre la liberté d'expression et plus précisément de créer le droit d'accéder aux propriétés privées afin de s'y exprimer.

141. Les affaires suisse et britannique doivent faire l'objet d'un examen comparatif puisque les faits à l'origine des requêtes sont assez similaires. La seule distinction tient au fait que dans l'affaire suisse l'ingérence avait été légitimée par le droit et les juridictions internes, alors que l'Etat n'était pas intervenu dans l'affaire britannique. Le recours à la technique des obligations positives se justifie dans l'arrêt *Appleby* car il permet de délimiter l'étendue du droit à la liberté d'expression[472], mais pourquoi la Cour se réfère-t-elle à la notion de juridiction et à l'article 1 dans la première affaire, et non dans la seconde ? La présence ou l'absence d'une législation n'apporte pas une réponse satisfaisante puisque de nombreux arrêts fondent l'effet horizontal des dispositions conventionnelles sans que l'existence d'une législation détermine le choix entre obligations positives et article premier. En outre, dans les deux affaires, il est possible de considérer que l'atteinte à la liberté d'expression résultait du droit interne. Dans l'affaire britannique, c'est le droit de propriété qui fondait le refus opposé à la requérante. On retrouve donc ici l'absconse distinction entre le comportement actif ou passif des autorités internes[473]. A l'inverse, ces deux requêtes posaient le problème de l'imputabilité d'une action individuelle à l'Etat et de ce fait justifiaient une référence à l'article 1 de la CEDH. La jurisprudence postérieure ne permet pas clarifier l'effet horizontal de l'article 10, car rares sont les arrêts européens où l' « horizontalité » du contentieux sur la liberté d'expression est aussi patente ; en effet, l'essentiel des décisions fondées sur l'article 10 concerne des procédures de diffamation où l'intervention de la Cour européenne se

[470] § 41. Manifestement embarrassée par ce litige, la Cour concède qu'« *on ne peut pour l'instant dire qu'il se dégage un consensus qui pourrait assister la Cour dans son examen en l'espèce de l'application de l'article 10 de la Convention* », § 46.

[471] § 49.

[472] V. *supra*. Constatant l'évolution des moyens de communications, la Cour dit n'être pas convaincue que cette évolution « *exige automatiquement la création d'un droit de pénétrer dans les propriétés privées ni même nécessairement dans l'ensemble des biens appartenant au domaine public* », § 47.

[473] V. sur ce point, l'exposé relatif à la technique des obligations positives, *supra*.

concentre exclusivement sur l'examen de l'ingérence étatique[474], ou encore intéresse les restrictions à la liberté d'expression établies par les autorités turques[475].

142. Il se peut que la logique de la Cour s'explique par une recherche constante d'effectivité. Dès lors, peu importent les procédés permettant d'aboutir à une diffusion horizontale de la Convention, seule compte la garantie de l'effectivité des droits. Il est certain que le choix de tel ou tel fondement pour la construction de l'effet horizontal n'influe sans doute pas sur l'issue du litige, d'autant plus que ni la présence d'obligations positives ni le recours à l'article 1er n'excluent la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence. Cependant, les raisonnements européens manquent de limpidité et rendent complexe la compréhension de l'effet horizontal. Les juges européens doivent garder à l'esprit que l'effet horizontal des droits de l'Homme, aussi nécessaire soit-il, est une extension prétorienne et considérable des engagements étatiques, qui, de ce fait, nécessite d'être élaboré et justifié avec rigueur. C'est pourquoi le rôle des obligations positives et de l'article premier doivent être strictement délimités. Néanmoins, une certitude peut être déduite de la jurisprudence européenne : le recours croissant à l'article premier afin de justifier la dimension horizontale de la Convention et de légitimer l'existence d'obligations positives. Pourquoi la Cour introduit-elle de plus en plus fréquemment cette disposition dans ses raisonnements, sans pour autant généraliser une telle référence ? Puisque la Cour a pu se référer à l'article premier pour une application des garanties conventionnelles aux relations interindividuelles, le recours aux obligations positives ne paraît pas absolument nécessaire. L'article premier de la CEDH pourrait, semble-t-il, apporter l'assise adéquate à l'applicabilité horizontale de la Convention et l'utilisation des obligations positives serait restreinte à la délimitation des engagements étatiques. En ce sens, il semble que la clarification de l'applicabilité horizontale des droits de l'Homme pourrait résulter d'une dissociation du fondement et des modalités d'encadrement de l'effet horizontal.

---

474 Par exemple, Cour EDH, arrêt *Chauvy et autres c. France* du 29 juin 2004, req. n° 64915/01 ; Le contentieux était horizontal devant les juridictions internes puisque les époux Aubrac avaient intenté une action en diffamation contre Gérard Chauvy et son éditeur. Cependant, devant les instances européennes seule la conventionnalité de l'intervention des magistrats est examinée. De même, par exemple, Cour EDH, arrêt *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie* du 27 mai 2004, req. n° 57829/00.

475 Par exemple, Cour EDH, arrêt *Pakdemirli c. Turquie* du 22 février 2005, req. n° 35839/97 ; *AJDA* 2005, p. 1895, obs. J.-F. Flauss.

B/ LA DISSOCIATION DU FONDEMENT ET DE L'ENCADREMENT DE L'EFFET HORIZONTAL, REMÈDE A L'INCOHÉRENCE

143. Un recours généralisé à l'article premier pour justifier l'effet horizontal apparaît souhaitable. Cette disposition permet en effet de motiver le mécanisme d'imputabilité et de renforcer le caractère impératif de la Convention quelle que soit l'origine de l'atteinte. En outre, la Cour européenne fonde de plus en plus fréquemment le concept prétorien d'obligations positives sur l'article premier. Dès lors pourquoi ne pas généraliser le lien direct entre l'article 1 de la CEDH et l'effet horizontal, et réserver l'usage des obligations positives à la délimitation des devoirs étatiques ? Ainsi, un principe général d'applicabilité horizontale de la Convention pourrait être consacré sur le fondement de l'article 1er (1) tandis que la technique des obligations positives interviendrait postérieurement, afin de délimiter l'étendue des obligations étatiques, à l'instar des autres techniques mises en œuvre par la Cour européenne afin d'encadrer l'effet horizontal indirect (2).

1/ La consécration préalable d'un principe général d'applicabilité horizontale des droits de l'Homme fondé sur l'article 1er de la CEDH

144. Les obligations positives spéciales, nous l'avons relevé précédemment, sont mises à la charge de l'Etat dans des domaines très variés et constituent des exigences multiformes tendant vers l'effectivité. Elles ont permis d'interpréter la Convention de manière évolutive et progressiste et de développer une nouvelle conception des droits de l'Homme exigeant une intervention étatique. S'agissant des arrêts ayant pour origine un contentieux entre personnes privées, l'obligation positive fonde et légitime la diffusion horizontale de la Convention. Elle consacre une exigence de respect impératif du droit auquel elle s'attache, telle que l'exercice de ce droit doit être épargné de toute intrusion, quelle que soit sa provenance. Au surplus, cette obligation renforcée permet aux instances strasbourgeoises de fustiger un Etat en lui imputant une action individuelle déviante. Or, au-delà de la question d'une légitimation de l'effet horizontal par l'obligation positive, n'est ce pas l'effectivité elle-même des droits consacrés qui justifie une diffusion de la CEDH dans les relations interindividuelles ? Dès lors, pourquoi ne pas consacrer un principe général d'applicabilité des droits de l'Homme entre personnes privées fondé sur l'article 1er, intitulé « Obligation de respecter les droits de l'Homme » ? Cette disposition semble pourvoir suffire à justifier l'effet

horizontal, à l'instar de l'usage qui en est fait pour les articles 2[476], 3[477], 4[478], 5[479], 10[480] du texte de 1950, et l'article premier du premier protocole[481]. La reconnaissance d'un tel principe simplifierait la compréhension de l'effet horizontal des droits de l'Homme. En outre, elle n'étendrait pas le contrôle de la Cour au-delà de sa jurisprudence actuelle puisque la délimitation des obligations étatiques interviendrait postérieurement à l'affirmation de ce principe. Ainsi pourrait s'opérer une dissociation chronologique entre le fondement et l'encadrement de l'effet horizontal. L'affirmation d'un principe général de l'applicabilité horizontale des droits de l'Homme permettrait également à la Cour d'énoncer expressément une nécessité et une évidence qu'elle ne cesse d'exprimer par circonvolutions.

145. Par ailleurs, selon certains arrêts, les obligations positives semblent découler de l'article premier de la Convention. L'arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken* rendu en 2001[482] fonde ainsi les obligations positives sur l'article 1er de la CEDH. En effet, la Cour y rappelle qu'en vertu de l'article 1 de la Convention, chaque Etat reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans ce texte. Puis, elle affirme que « *cette obligation de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut entraîner pour l'Etat des obligations positives* ». Enfin, elle relève que, « *en ce qui concerne le droit garanti par l'article 1 du Protocole n° 1, de telles obligations positives peuvent impliquer certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété, même dans le cas où il*

---

476 Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11.

477 Cour E.D.H., arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, série A n° 247-C ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, pp. 775-778, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière.

478 Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 ; *JCP* 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.* 2006, 346, note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss.

479 Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. 61603/00 ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

480 Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 46 ; *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir ; *AJDA* 2004, p. 1074, obs. J.-F. Flauss.

481 Cour EDH, arrêt *Sovtransavto holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, req. 48553/99 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2004, p. 534, obs. J.-F. Flauss.

482 Précité.

s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales »[483]. La Cour pourvoit donc le droit de propriété d'un effet horizontal en ayant recours à la notion d'obligation positive, elle-même justifiée par l'unique article premier de la Convention. De même, l'arrêt *Islacu et autres* rendu en juillet 2004[484], précise que « *les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire* »[485]. Les arrêts ou décisions fondant les obligations positives sur l'article premier sont de plus en plus nombreux[486]. Il peut sembler surabondant que la Cour adopte une double motivation de l'effet horizontal, l'article premier puis les obligations positives. Une fusion des deux voies empruntées pour élaborer l'effet horizontal pourrait donc être amorcée, puisqu'il apparaît que l'article 1 fonde toujours, plus ou moins explicitement, l'effet horizontal de la Convention[487]. On peut également supposer que la Cour prépare un raccourci jurisprudentiel

[483] § 96 de l'arrêt.

[484] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* du 8 juillet 2004, req. n° 48787/99 ; *RTDH* 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; *GACEDH*, n° 67, comm. F. Sudre.

[485] § 313.

[486] Par exemple, la Cour a établi qu' « *un Etat demeure tenu, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international –qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre- afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention* » ; Cour EDH, déc. *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie* du 3 mars 2005, req. n° 60861/00, § 101. Le lien entre les obligations positives et l'article premier de la Convention est ancien. C'est en se fondant sur cette disposition que la Cour avait établi une obligation positive au titre de l'article 2 du premier protocole, lors de l'affaire linguistique belge. Soulignant la formulation négative de la disposition examinée, la Cour avait affirmé qu' « *on ne saurait pourtant en déduire que l'Etat n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du protocole. Puisque "droit" il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1 de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant* » ; Cour EDH, arrêt *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"* du 23 juillet 1968, série A n° 6, § 3 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

[487] L'arrêt *Siliadin contre France* rendu le 26 juillet 2005 présente les diverses constructions de l'effet horizontal comme résultant de l'article 1. La Cour précise ainsi qu'il « *a déjà été établi que, concernant certaines dispositions de la Convention, le fait que l'Etat s'abstienne de porter atteinte aux droits garantis ne suffit pas pour conclure qu'il s'est conformé aux engagements découlant de l'article 1 de la Convention* » A la suite de cette affirmation elle présente des extraits des arrêts *Marckx c. Belgique X et Y c. Pays-Bas* et *A c. Royaume-Uni* ce qui permet d'en conclure que tant les obligations positives que les différentes méthodes de construction de l'effet horizontal relèvent de l'article premier de la Convention ; Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01, § 77-81, préc.

entre l'article 1 et l'effet horizontal[488] et qu'elle se réserve la possibilité d'encadrer l'obligation générale d'effectivité dans les relations de droit privé, dans certaines circonstances, par l'existence d'une obligation positive. Cette solution serait bienvenue. En effet, l'article 1er de la CEDH pourrait devenir le fondement unique de l'effet horizontal. Ainsi, serait consacré un principe général d'applicabilité des droits de l'Homme entre personnes privées.

146. L'effet horizontal pourrait donc être indépendant de la recherche d'une obligation positive fondée sur la disposition objet du litige et être reconnu en toute occurrence car justifié par l'article premier de la Convention et la notion d'effectivité. Il ne s'agit pas d'écarter la technique des obligations positives en raison des solutions auxquelles elles permettent d'aboutir mais en raison du raisonnement approximatif de la Cour et plus généralement de l'absence de jurisprudence linéaire relative à l'effet horizontal lorsque celles-là fondent celui-ci. La seule référence à l'article premier de la Convention doit suffire à l'application du texte européen dans les relations privées. La soumission des rapports juridiques privés aux droits européens des droits de l'Homme étant, d'une part, acquise et, d'autre part, indispensable à l'effectivité de la Convention, le recours aux obligations positives peut désormais être considéré en ce domaine comme superflu. En ce sens, à propos de l'affaire *Fuentes Bobo*[489] ayant affirmé le principe d'une application de l'article 10 CEDH aux litiges privés, des auteurs ont pu relever que la « *discrétion de la Cour participe peut-être d'une volonté de banaliser les prolongements horizontaux de la Convention : ils seraient à ce point inhérents au système conventionnel qu'il n'y aurait plus à marquer d'étonnement quand ils affectent directement un article auquel ils n'avaient pas encore eu l'occasion d'être présentés* »[490]. Une telle lecture de la CEDH pourrait se généraliser. L'application horizontale de l'article 14 est d'ailleurs un exemple en ce sens[491].

---

[488] Le professeur Marguénaud a ainsi relevé qu'il « *est déjà advenu qu'après une période expérimentale au cours de laquelle une interprétation inédite de la Convention européenne des droits de l'Homme était envisagée sans être expressément retenue, la Cour se soit décidée à franchir résolument le pas* », *RTD civ*. 2003, p. 374.

[489] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. 39293/98 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[490] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit*.

[491] V. l'affirmation discrète de l'applicabilité horizontale de l'article 14 dans l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, *infra*.

147. Une nuance doit cependant être apportée à la thèse présentée. L'Etat ne pouvant réguler l'ensemble des relations privées, la Cour ne pouvant elle-même devenir le dernier degré de juridiction pour les conflits horizontaux, il est nécessaire de limiter l'effet horizontal indirect de la CEDH. C'est pourquoi, après l'affirmation du principe d'applicabilité horizontale des droits de l'Homme, la Cour pourrait rechercher les limites à ce principe, en considération des circonstances de l'espèce.

2/ La recherche subséquente des limites à l'effet horizontal, adaptées aux circonstances de l'espèce

148. L'encadrement de l'effet horizontal s'avère nécessaire afin d'éviter une immixtion fulgurante de la CEDH en droit privé interne et corrélativement empêcher la transformation de la Cour de Strasbourg en dernier degré de juridiction des contentieux privés. La généralisation de l'effet horizontal des articles de la Convention, dès lors qu'il se prêtent à une telle application, ne doit pas emporter l'extension de l'effet horizontal à toutes les situations de droit privé entrant dans le champ d'application de chacun des articles. En ce sens, les juges européens ont établi des modalités de délimitation de l'effet horizontal, parmi lesquelles il faut compter les obligations positives. Aussi, le recours à cette technique, si imparfaite soit-elle, doit être poursuivi lors de l'élaboration de l'effet horizontal. Le concept d'obligations positives n'est cependant pas le seul outil à disposition des juges européens afin de circonscrire la dimension interindividuelle de la Convention, certaines décisions écartant l'effet horizontal pour d'autres motifs (1). La problématique de l'encadrement de l'effet horizontal n'est pourtant pas résolue. Deux arrêts essentiels rendus par la Cour de Strasbourg ravivent cette question puisque les juges européens s'autorisent à contrôler l'interprétation des actes juridiques privés (2).

a) La pluralité des modalités d'encadrement de l'effet horizontal indirect

149. Le concept d'obligations positives peut demeurer précieux quant à la délimitation du comportement exigé de l'Etat. Toutefois son utilisation ne devrait pas précéder l'affirmation de l'effet horizontal, mais lui succéder afin de délimiter les obligations étatiques. Le principe d'une dimension interindividuelle des dispositions européennes étant acquis, il est inutile de recourir à une construction confuse afin de l'affirmer. L'article premier doit suffire à justifier l'effet horizontal de la CEDH. Le concept d'obligations positives interviendrait

donc postérieurement à l'affirmation de l'applicabilité horizontale de la Convention à l'espèce, à l'instar de la jurisprudence qui a été développée pour l'article 2 de la Convention. L'exigence d'une protection du droit à la vie, y compris entre personnes privées, est acquise et la Cour n'a de cesse de rappeler que « *la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* »[492]. Après ce rappel, pour chaque affaire la Cour précise que l'article 2 « *peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »[493]. Or, cette obligation d'intervention préventive n'est pas absolue mais dépend des circonstances de l'espèce : il s'agit de ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, au regard des conditions d'exercice de ses fonctions par la police et en considération de l'imprévisibilité du comportement humain. Ainsi, le concept d'obligations positives apparaît après l'énonciation de l'applicabilité horizontale de l'article 2 ; « *il y a obligation positive lorsqu'il est établi que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque* »[494]. La responsabilité de l'Etat ne peut ainsi être engagée qu'après une étude circonstanciée des faits de l'espèce et du rôle de l'Etat dans la violation alléguée[495]. L'effet horizontal n'est donc pas absolu, mais limité par les obligations positives. L'article 8 se prête particulièrement à un tel usage de ce concept.

---

[492] Cour EDH, arrêt *L.C.B. c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, req. n° 23413/94, § 36 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96, § 48 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 54 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch., Arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 67 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

[493] Par exemple, Cour EDH, Gde Ch., Arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 67, préc.

[494] Cour EDH, Gde Ch., Arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 68, préc.

[495] L'utilisation des obligations positives pourrait, pour toutes les affaires similaires, être simplifié. Pourquoi la Cour s'obstine-t-elle à dire qu'il y a obligation positive si les autorités n'ont pas agi alors qu'elles le pouvaient ? La jurisprudence en la matière étant établie, il suffirait d'affirmer que les autorités ont l'obligation positive d'adopter les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, permettent de pallier tout risque d'atteinte à la vie des individus dès lors qu'elles ont connaissance ou auraient dû

150. La notion de vie privée, dont le caractère évolutif est fréquemment relevé par la Cour, ne peut faire l'objet d'une définition exhaustive[496]. Imposer un respect impératif de la vie privée des individus d'une part est impossible et d'autre part risque de confronter la Cour à un contentieux croissant. Délimiter les obligations étatiques fondées sur l'article 8 lui permet de poser les limites de la vie privée et de circonscrire les exigences individuelles[497]. Ainsi, lorsqu'une situation inédite est présentée aux organes strasbourgeois, la Cour a recours aux obligations positives afin de justifier une nouvelle obligation imposée à l'Etat ou, à l'inverse, rejeter une extension des charges étatiques, en considération du caractère insurmontable ou difficilement surmontable que représenterait l'affirmation d'une nouvelle obligation positive eu égard à l'intérêt du particulier et à l'intérêt général. De même, en constatant que l'Etat a respecté ses obligations positives, la Cour refuse une intervention supplémentaire des autorités nationales dans les relations interindividuelles. Enfin, l'absence de lien direct et immédiat entre les mesures sollicitées par un requérant et les droits consacrés par la Convention permet d'exclure l'obligation étatique d'adopter des mesures spécifiques, conformément au raisonnement adopté lors de l'arrêt *Botta*[498]. Le recours aux obligations positives est ainsi approprié pour délimiter la notion de vie privée et subséquemment la dimension horizontale de ce droit. En effet, si le principe général inscrit à l'article premier peut justifier l'effet interpersonnel de l'article 8, il ne peut suffire à déterminer les obligations étatiques en résultant. Néanmoins, l'encadrement de l'effet horizontal indirect par les

---

connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate. L'examen de l'affaire se limiterait alors à rechercher si les autorités pouvaient avoir connaissance du risque et si elles pouvaient empêcher sa réalisation. Certes, on aboutit au même résultat, mais l'obligation positive résultant de l'article 2 étant invariable il semble inutile de rendre son affirmation conditionnelle.

[496] F. Sudre, « Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 685. L'auteur constate une extension « *approximative* » de la notion de vie privé, p. 690.

[497] En ce sens, G. Lipovetsky, *L'ère du vide, Essais sur l'individualisme contemporain*, Folio Essais, Paris, 2003, p. 278 : « *A mesure que les hommes se retirent dans leur sphère privée et n'ont en vue qu'eux-mêmes, il ne cessent d'en appeler à l'Etat pour qu'il assure une protection plus vigilante, plus constante de leur existence* ». Déjà Tocqueville relevait que « *les particuliers envisagent de plus en plus le pouvoir social sous le même jour ; dans tous leurs besoins, ils l'appellent à leur aide, et ils attachent à tout moment sur lui leurs regards comme sur un précepteur ou sur un guide* », A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, II*, Folio Histoire, Paris, 2004, p. 419.

[498] Cour EDH, arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, req. n° 21439/93 ; *D.* 1998, somm. comm. 371, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1999, 498, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1999, I, 105, n° 41, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1999, p. 595, obs. B. Maurer.

obligations positives n’a pas toujours été jugé indispensable et d’autres méthodes d’interprétation permettent d’aboutir à ce résultat.

151. Quelques affaires démontrent que l’effet horizontal indirect peut être écarté sans qu’il soit nécessaire de recourir aux obligations positives. En 1988, lors de l’affaire *Nielsen contre Danemark*[499], la Cour a rendu un arrêt à propos de la contestation de l’hospitalisation d’un mineur effectuée à la demande de sa mère. La Cour a considéré que l’admission et le séjour du requérant au pavillon de psychiatrie infantile furent décidés par la mère en vertu de son autorité parentale. L’application horizontale de la Convention a donc été rejetée parce que l’assistance prêtée par les autorités publiques avait revêtu un « *caractère subsidiaire et limité* »[500]. Depuis, l’arrêt *Storck*[501] est revenu sur la solution retenue en l’espèce, mais l’ampleur du rôle joué par l’Etat peut être un argument pour restreindre l’effet horizontal indirect. Un arrêt rendu contre l’Italie a écarté toute responsabilité étatique dans des conditions similaires[502]. Le requérant, cadre d’une S.A.R.L., avait démissionné car il n’était plus rétribué depuis quelques mois. La société fut mise en liquidation et l’ancien employé fut averti qu’il bénéficiait d’une créance privilégiée. Estimant ne pas pouvoir obtenir le paiement qui lui était dû en raison de la lenteur de la procédure d’administration, le salarié a saisi la juridiction européenne. La Cour a considéré qu’après l’ouverture de cette procédure, le « *bien* » du requérant était géré par un organe de l’Etat. Cependant, elle a estimé que « *la cause principale du retard dans le paiement de la créance du requérant n’est pas la longueur ou la nature de la procédure de liquidation, mais plutôt le manque de ressources financières du débiteur et les difficultés de récupérer ses créances, des circonstances qu’on ne saurait mettre à la charge de l’Etat* »[503]. Ici encore, le comportement étatique n’était qu’accessoire dans l’ingérence contestée. Cette appréciation a été confirmée dans un arrêt *Fociac* rendu le 3

[499] Cour EDH, arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, série A n° 144. La Commission avait quant à elle considéré que l’hospitalisation du requérant n’émanait pas du titulaire de l’autorité parentale, mais du médecin chef du pavillon de psychiatrie infantile de l’hôpital public.

[500] § 63.

[501] Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00 ; *JCP* 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

[502] Cour EDH, arrêt *Saggio c. Italie* du 25 octobre 2001, req. n° 41879/98.

[503] § 34.

février 2005 à l'encontre de la Roumanie[504]. Le requérant se plaignait de l'impossibilité d'obtenir l'exécution des décisions de justice condamnant son employeur à le réintégrer dans son poste et à lui payer les salaires dus. La Cour considéra qu'on ne peut opposer à l'Etat le refus récurrent du débiteur d'exécuter ses obligations puisqu'en l'occurrence son intervention personnelle était nécessaire[505]. L'Etat était juste appelé à avoir un comportement diligent et à assister le créancier dans l'exécution[506]. De même, il est possible de considérer que le refus d'étendre un droit constitue une limite à l'effet horizontal. Ainsi, la Commission européenne a exclu que le droit du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale puisse être interprété assez largement pour englober le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse souhaitait subir[507]. Les rapports entre les parents n'ont donc pu être examinés par la Cour en raison du refus de la Commission d'étendre le champ d'application de l'article 8 de la CEDH.

152. L'ensemble de ces éléments permet d'encadrer l'effet horizontal indirect : le caractère principalement privé de l'ingérence et donc le comportement accessoire de l'Etat, le refus d'étendre le domaine d'application de certaines dispositions européennes, enfin et principalement le refus d'imposer des obligations étatiques insupportables ou excessives. Pourtant, ces modalités d'encadrement de l'effet horizontal n'ont pas été retenues par la Cour européenne qui, dans deux arrêts récents, a autorisé une immixtion de la CEDH en droit des contrats.

---

[504] Cour EDH, arrêt *Fociac c. Roumanie* du 3 février 2005, req. n° 2577/02.

[505] §§ 69 et 74.

[506] § 70. Pour un exemple inverse, V. Cour EDH, arrêt *Ghibusi c. Roumanie* du 23 juin 2005, req. n° 7893/02. Les faits à l'origine du litige étaient similaires à ceux de l'arrêt *Fociac*, mais en l'espèce, la Cour a constaté que les autorités n'ont pas pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre d'elles, et que leur assistance a manqué d'efficacité.

[507] Comm. EDH, déc. *X c. Royaume-Uni* du 13 mai 1980 ; Comm. EDH, déc. *Knudsen c. Norvège* du 8 mars 1985, req. n° 11045/84 ; La Cour a également été saisie d'un tel problème et a conclu que la législation relative à l'avortement poursuivait un but légitime ; Cour EDH, déc. *Boso c. Italie* du 5 septembre 2002, req. n° 5049/99 ; *RTD civ*. 2003, p. 371, obs. J.-P. Marguénaud .

b) Un encadrement nuancé par le contrôle de l’interprétation des actes privés

153. Par deux arrêts, la Cour a consacré de nouvelles extensions à l’effet horizontal en exigeant des juges nationaux qu’ils résolvent les contentieux privés conformément à la jurisprudence européenne. Or, selon la Cour, le non respect de cette exigence entraînera un constat de violation. C’est dire qu’elle s’octroie désormais le droit de contrôler une grande majorité des décisions internes. L’importance de ces arrêts au regard de l’encadrement de l’effet horizontal impose qu’ils soient examinés en détail.

154. Le premier arrêt, définitif, a été adopté le 12 juin 2003 dans l’affaire *Van Kuck contre Allemagne*[508]. La requérante, autorisée par un tribunal de district à changer de prénoms en application d’une législation sur le transsexualisme, avait ultérieurement subi un traitement de conversion sexuelle. Selon le droit allemand, les caisses de sécurité sociale couvrent la moitié des dépenses exposées pour ce type d’opération, le reste relevant des assureurs privés. La compagnie d’assurance à laquelle la requérante était affiliée refusa de prendre en charge ces opérations au motif qu’elles n’étaient pas « *médicalement nécessaires* », condition indispensable au remboursement selon les termes du contrat. Saisies de ce conflit privé, les juridictions allemandes ont estimé que l’utilité médicale des mesures de conversion sexuelle n’avait pas été clairement affirmée par l’expert désigné, ni prouvée par l’intéressée, et ont donc refusé d’accueillir sa demande. Les juges européens ont constaté une violation de l’article 6 au motif que la procédure interne, dans son ensemble, n’avait pas été équitable ; les juges nationaux n’avaient pas consulté l’avis de différents experts, alors que le contentieux n’est pas « *affaire d’appréciation juridique* »[509]. En outre, il était disproportionné de faire peser sur une personne placée en pareille situation la charge de la preuve de la nécessité d’une intervention médicale. Considérant que les faits incriminés avaient non seulement privé la requérante de son droit à un procès équitable mais également eu des répercussions sur son droit au respect de la vie privée, la Cour a jugé nécessaire d’examiner l’attitude des juridictions allemandes sur le fondement de l’article 8. Après avoir rappelé l’ensemble des implications du droit à la vie privée, la Cour a précisé que celui-ci peut entraîner des

[508] Cour EDH, arrêt *Van Kuck c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97 ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet.

[509] § 54. En limitant le pouvoir des juges internes d’apprécier l’opportunité de ne pas ordonner une expertise, la Cour établirait un droit d’accès à l’expertise ; sur ce point, V. J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, 362.

obligations positives y compris dans les relations entre personnes privées. Reprenant les arguments exposés au titre de l'article 6, elle a conclu qu'un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part. La question examinée par la Cour n'était pas celle de la validité de la clause contractuelle mais celle de l'interprétation que les juges internes en avaient faite. Cet arrêt enseigne que le juge national doit effectuer une interprétation des contrats protectrice des droits inscrits dans la Convention et conforme à la jurisprudence strasbourgeoise. En effet, le reproche adressé aux juges allemands est que, par leurs décisions, ils n'ont pas respecté le droit à l'autodétermination sexuelle de la requérante. L'interprétation judiciaire doit donc intégrer l'ensemble des développements jurisprudentiels de l'article 8, tels qu'ils ont été présentés par la Cour en introduction de son raisonnement[510] : l'intégrité physique et morale de la personne, l'identité physique et sociale de l'individu, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle, la vie sexuelle, le droit au développement personnel, le droit de développer des rapports avec ses semblables, et le droit à l'autonomie personnelle. La diffusion horizontale de la jurisprudence issue de l'article 8 est donc imposée aux juridictions internes. Pour cela, les juges doivent à l'aide du principe de proportionnalité ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents des parties à un contrat. Le non respect de cette exigence entraînera un constat de violation puisque la Cour s'autorise une mise en balance des deux intérêts privés afin de vérifier l'opportunité des décisions internes[511].

155. L'arrêt *Van Kuck* exige donc explicitement le développement de l'effet horizontal direct. Il implique également une extension de l'effet horizontal indirect, puisque celui-ci permet la vérification par la Cour européenne des conditions nationales de diffusion de la Convention dans les relations entre personnes privées. De ce fait, l'effet horizontal de la CEDH, qu'il soit établi à Strasbourg ou au sein des Etats, subit une extension considérable. S'agissant de l'encadrement de l'effet horizontal de l'article 8, il est ajusté aux interprétations européennes de la notion de vie privée[512]. Enfin, il est possible de percevoir dans cet arrêt les prémisses de l'effet horizontal du principe de non discrimination. La Cour a en effet considéré, sur le fondement de l'article 14, que la discrimination alléguée par la requérante

---

[510] § 69.

[511] Sur ce point, V. *infra*.

[512] En outre, il faut souligner que le caractère social du droit revendiqué n'a pas empêché la Cour de donner raison à la requérante ; A. Debet, *op. cit.*, 790.

coïncidait particulièrement avec la plainte déjà examinée au regard de l'article 8[513]. L'ensemble des informations contenues dans l'arrêt *Van Kuck* a depuis été confirmé par les juges européens.

156. L'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*, rendu le 13 juillet 2004[514], réitère l'obligation des juges nationaux d'interpréter les contrats à l'aune de la jurisprudence européenne. En l'espèce, une mère de famille avait, en 1939, rédigé un testament instituant une substitution fidéicommissaire au bénéfice de son fils, lequel devait transmettre l'héritage « *à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique* ». Si les conditions n'étaient pas réunies, les biens de la testatrice devaient revenir aux enfants et petits-enfants des substituts. Le bénéficiaire du testament contracta un mariage durant lequel il adopta deux enfants selon les modalités de l'adoption plénière. Par codicille, il légua à son fils adoptif les biens provenant de l'héritage de sa mère. Après l'ouverture du codicille, deux arrière-petites-filles de la testatrice intentèrent une action civile aux motifs qu'un enfant adopté ne pouvait bénéficier du testament établi en 1939. Elles obtinrent satisfaction devant les juridictions andorranes, ce qui motiva le petit-fils à saisir la Cour européenne. Le litige, portant sur l'interprétation d'une clause testamentaire, relevait incontestablement du droit privé. La Cour admet la nature privée du contentieux puisqu'elle précise qu'elle « *n'est pas appelée, en principe, à régler des différents purement privés* »[515], observation qui ne contrarie pourtant pas l'examen de la requête. Cet arrêt, devenu définitif, est d'une importance majeure dans la construction de l'effet horizontal direct, c'est-à-dire la diffusion de l'effet horizontal en droit interne. Ses répercussions sur l'effet horizontal indirect sont également considérables en raison du contrôle exercé par la Cour.

157. Après avoir énoncé l'existence d'obligations positives au titre de l'article 8, la Cour affirme que l'on ne peut reprocher aux autorités andorranes ni une ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, ni un manquement à d'éventuelles obligations positives. Le

---

[513] Elle n'a cependant pas souhaité examiner la requête sur ce fondement.

[514] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[515] § 59.

problème était en effet de déterminer, selon les termes de la Cour, si l'interprétation de la clause testamentaire effectuée par les juridictions internes contrevenait à l'article 14 combiné avec l'article 8[516], et plus généralement si l'interprétation du droit interne était compatible avec la Convention[517]. L'inadéquate interprétation du droit national, au regard du texte européen, serait donc constitutive d'une nouvelle forme de violation de la CEDH, ne correspondant pas à la classification dichotomique des obligations étatiques[518]. Il serait alors possible d'en déduire qu'il n'existe aucune obligation positive d'interpréter le droit interne en conformité avec les exigences conventionnelles, puisqu'en l'espèce le comportement andorran ne relève pas d'un manquement à une obligation positive. Cette première analyse du raisonnement européen ne résiste pas à la lecture de la suite de l'arrêt. En effet, si les juges européens rappellent le principe de subsidiarité selon lequel l'interprétation et l'application du droit interne incombent au premier chef aux autorités nationales, principe qui « *s'applique à plus forte raison dans le cadre de l'interprétation d'un acte éminemment privé tel qu'une clause testamentaire insérée par un particulier dans un testament* »[519] et qui réserve aux cours et tribunaux une grande latitude, la subsidiarité interprétative et la marge d'appréciation nationale ainsi proclamées sont en fait très relatives. Ainsi, peut constituer une atteinte à la vie privée et familiale toute « *appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne qui serait manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention* »[520]. La Cour ne pouvait plus clairement affirmer que l'interprétation d'une situation conflictuelle par le juge interne doit être conforme au droit européen, d'autant plus qu'elle renouvellera cette exigence en précisant que « *dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme dans le cas d'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination*

516 § 44 et 57.

517 § 45.

518 V. *supra*.

519 § 46.

520 § 46.

établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention »[521]. Il devient par conséquent difficile de déduire de cette double affirmation que les autorités nationales n'ont pas l'obligation positive d'interpréter les litiges conformément au droit conventionnel. Tout fait et tout acte juridique quelle que soit leur nature, doivent être interprétés raisonnablement, équitablement et conformément aux principes sous-jacents à la Convention. Le juge doit respecter et appliquer les préceptes issus de la jurisprudence strasbourgeoise, peu importe la nature et l'origine du contentieux. L'effet horizontal direct des dispositions européennes devient, avec cet arrêt, un impératif. La non observation de ce devoir entraînera un constat de violation à l'encontre des Etats négligents, la Cour ayant averti qu'elle ne saurait rester inerte face à une telle pratique. De fait, l'encadrement de l'effet horizontal est considérablement réduit, le juge européen devenant « *juge de l'interprétation interne* »[522].

158. L'affaire *Pla et Pancernau*, constatant une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14, est donc un exemple d'interprétation proscrite. Selon la Cour, le testament n'indiquant pas expressément la volonté de la testatrice d'exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif, « *l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire* »[523]. L'erreur des juges internes a été d'attribuer une volonté négative à la testatrice et de retenir une interprétation de la clause par trop forcée et « *contraire au principe général du droit selon lequel si l'énoncé est exempt d'ambiguïté, point n'est besoin de s'interroger sur la volonté de celui qui s'est ainsi exprimé (« quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis queastio »)* »[524]. En outre, au titre de l'article 14, la

[521] § 59.

[522] J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 647.

[523] § 58. Par ce raisonnement, le contrôle européen « *a glissé vers l'interprétation de l'acte par la Cour elle-même* », J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 647 ; Pour une appréciation différente du droit andorran, V. F. Boulanger, *op. cit*.

[524] § 58. Doit-on considérer que l'adage latin selon lequel il est inutile de s'interroger sur la volonté des parties lorsque l'énoncé du contrat est limpide constitue un principe général sous-jacent à la Convention ? Il ne semble pas. La réelle motivation des juges paraît être l'exigence de respect du principe de non-discrimination. Par ailleurs, il faut souligner que la Cour a refusé d'étudier les motifs des juges internes, estimant qu'il n'était ni « *opportun ni même nécessaire de se livrer à une quelconque analyse doctrinale de la ratio juris ayant conduit les juridictions internes, notamment le Tribunal supérieur de justice d'Andorre, à opter en faveur de l'application de tel ordre juridique plutôt que d'un autre, qu'il s'agisse du droit romain, canonique, catalan ou espagnol* ». Selon la Cour, « *il s'agit là d'un domaine qui, par définition, relève de la compétence des tribunaux internes* », § 56. Voilà peut-être la seule compétence nationale qui ne fait pas l'objet d'un contrôle européen. Pourtant,

distinction effectuée ne poursuivait aucun but légitime et ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable, alors que selon la jurisprudence strasbourgeoise, seules de très fortes raisons peuvent justifier une distinction fondée sur la naissance hors mariage. De même, il n'a pas été démontré que des motifs d'ordre public requéraient que le niveau de protection des demanderesses à l'action prévale sur celui du requérant. Enfin, l'interprétation dynamique et évolutive de la Convention devait être intégrée par le juge interne, qui aurait dû garantir « *l'effet utile* »[525] du testament. Ces différents points de l'analyse strasbourgeoise doivent être étudiés. En premier lieu, l'applicabilité horizontale du principe de non-discrimination est discrètement affirmée, puisque désormais la résolution des litiges privés par le juge national est soumise à cette disposition. L'effet interindividuel de l'article 14 ne trouve ici sa source ni dans l'obligation générale énoncée dans l'article premier du texte européen, ni dans une obligation positive spéciale ; la Cour n'a pas précisé que cette exigence s'imposait comme résultant du devoir général issu de l'article 1, ou que l'article 14 devait être respecté « *y compris dans les relations privées* ». Il en résulte que les prolongements horizontaux de la Convention se banalisent[526]. En deuxième lieu, la Cour évoque également une possibilité de justification d'une interprétation par des motifs d'ordre public. Cette réserve laisse perplexe tant l'arrêt affirme et répète l'exigence de conformité avec les principes conventionnels. Si l'ordre public contrevient aux normes européennes, il est à craindre qu'il ne puisse suffire à justifier une interprétation nationale face au juge européen. L'arrêt *Mazurek*[527] peut illustrer cette analyse. En dernier lieu, il apparaît que tout le droit conventionnel est susceptible d'une applicabilité horizontale puisque le juge interne ne doit pas ignorer les nouvelles réalités sociales, économiques et juridiques ni oublier de conférer à la disposition contractuelle « *le*

---

l'examen des décisions internes fait apparaître qu'à la date où le testament a été rédigé, l'adoption était pratiquement inconnue en Andorre ; il s'agit là du motif essentiel pour lequel le requérant n'a pas obtenu gain de cause devant les juridictions internes.

[525] S'agissant de l'interprétation des contrats, la doctrine de l'effet utile, qui favorise la validité du contrat, est une pratique relevant de l'arbitrage international mais peut également être rapprochée de l'article 1157 cc ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2ème éd., 2005, n° 772.

[526] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, préc.

[527] Cour EDH, arrêt *Mazurek c. France* du 1er février 2000, req. 34406/97 ; *JCP* 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, 332, note J. Thierry ; *RTD civ.* 2000, 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2000, 601, obs. J. Patarin ; *Defrénois* 2000, 654, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2000, n° 33, obs. B. de Lamy ; *LPA* 2000, n° 145, p. 20, note Canaple ; *GACEDH*, n° 51, comm. A. Gouttenoire. Sur la résistance de l'ordre public interne face aux principes européens, V. Partie II, Titre I, Chapitre II, *infra*.

sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour »[528]. Pour cela, le juge doit adopter la méthode d'interprétation évolutive[529]. La diffusion de la CEDH en droit patrimonial[530], et plus généralement en droit des contrats pourrait alors avoir des répercussions considérables[531], notamment quant au contrôle de la dénaturation[532] auquel se limite traditionnellement la Cour de cassation.

159. L'arrêt *Pla et Pancernau* consacre une extension audacieuse[533], inquiétante pour certains[534], du domaine d'intervention des droits de l'Homme européens. Cet arrêt autoproclame définitivement les instances de contrôle strasbourgeoises en dernier degré de juridiction des contentieux entre personnes privées[535]. Ainsi que le souligne le Professeur François Boulanger, « *au-dessus du contrôle national d'interprétation, il y aurait un "contrôle européen" dont la limite serait laissée à la discrétion de la CEDH* »[536]. Si cette jurisprudence récente devait être confirmée, l'effet horizontal indirect de la Convention ne ferait plus l'objet d'aucune limite. La Cour pourrait examiner tout contentieux portant sur les

---

[528] § 62.

[529] J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 48 ; J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 806 ; F. Boulanger, *op. cit.*, n° 9 ; Ph. Malaurie estime qu'on « *ne peut transposer aux testaments des méthodes d'interprétation applicables à la loi, qui sont toutes différentes* », *op. cit.*, p. 1911 ; Selon M. Nicod, « *le testament n'est plus l'acte du défunt, mais celui du juge* », *op. cit.*, p. 2124.

[530] Ainsi, l'interprétation du testament serait effectuée au jour du décès et non au jour de sa rédaction ; J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 806 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 1910.

[531] J. Rochfeld a relevé les difficultés que pourrait entraîner cette exigence au regard du droit interne : en premier lieu, les méthodes d'interprétation françaises ne correspondent pas à l'interprétation dynamique exigée ; en deuxième lieu, l'exigence d'une interprétation « conforme » se heurte au principe interne du caractère non impératif des directives d'interprétation ; en dernier lieu, la Cour de cassation serait dans l'obligation de contrôler l'interprétation des juges du fond ; *op. cit.*, p. 648-649.

[532] Y. Chartier, *La Cour de cassation*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2ème éd., 2001, p. 69 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Armand Colin, coll. U, 11ème éd., 2004, n° 401 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. IV, Les Obligations*, PUF, coll. Thémis, 22ème éd. refondue, 2000, n° 143 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *préc.*, n° 773.

[533] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 806 ; F. Sudre, *op. cit.*

[534] F. Boulanger, *op. cit.*, p. 748 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 1910 ; L'auteur considère que, par cet arrêt, la Cour européenne témoigne de son manque de modération et d'humilité, *loc. cit.* ; M. Nicod, op. cit., p. 2124.

[535] E. Poisson-Drocourt, *op. cit.*, p. 1833.

[536] *Op. cit.*, n° 8.

relations privées, après que les juridictions nationales en ont été saisies. Cependant, il faut relever qu'il s'agit d'un arrêt de section[537], qui n'a été adopté que par cinq voix contre deux. Il est également possible de s'interroger sur les conséquences d'une telle jurisprudence sur l'organisation du travail de la Cour européenne ; son rôle étant déjà surchargé, il semble difficile qu'elle puisse absorber l'ensemble des litiges portant sur l'interprétation des contrats privés par les juridictions nationales des 46 Etats composant le Conseil de l'Europe[538]. Il serait peut-être plus sage de suivre l'opinion de Messieurs les juges Garlicki et Bratza, selon laquelle l'Etat doit donner effet aux clauses testamentaires privées, sauf circonstances exceptionnelles où la clause peut être considérée comme étant incompatible avec les idéaux fondamentaux de la Convention ou visant à la destruction des droits et libertés qui y sont reconnus[539]. Une solution inverse fait fi de la liberté de choix du testateur protégée par les articles 8 de la Convention et 1 du Protocole additionnel[540]. Il est possible que la Cour de Strasbourg ait à trancher un tel conflit de droits. Dans l'attente d'une confirmation ou d'un réajustement de la jurisprudence européenne, il convient de prendre en considération l'enseignement principal des arrêts *Van Kuck* et *Pla et Pancernau* : le juge national doit interpréter les contrats privés selon les préceptes conventionnels. Il restera à déterminer, au regard de la future jurisprudence strasbourgeoise, si le juge interne doit supprimer toutes les clauses de contrat contraires au droit européen des droits de l'Homme et si les clauses contractuelles discriminatoires sont encore valables. Ainsi, telle que l'a énoncée Monsieur le juge Garlicki « *la véritable question qui se pose à la Cour est de savoir dans quelle mesure la Convention a un effet "horizontal", c'est-à-dire un effet qui interdit aux particuliers de prendre des mesures portant atteinte aux droits et libertés d'autres particuliers. Autrement dit : dans quelle mesure l'Etat a-t-il l'obligation soit d'interdire ces mesures privées, soit de refuser de les appliquer ?* ». La Cour européenne des droits de l'Homme doit répondre promptement à cette interrogation afin de préciser l'ampleur des engagements étatiques.

[537] Définitif depuis le 15 décembre 2004.

[538] Le Protocole additionnel n° 14 prévoit de soumettre les saisines individuelles à l'existence d'un « *préjudice important* », V. Introduction, *supra*.

[539] Selon Monsieur le juge Bratza, cette affirmation vaut « *même s'il ne semble y avoir aucune justification objective et raisonnable à la distinction opérée par le testateur* » ; Monsieur le juge Garlicki estime, quant à lui, que l'existence de circonstances exceptionnelles permettant d'écarter la volonté du testateur doit « *être clairement établie ; elle ne peut être présumée* ».

[540] En outre, « *un testament établit par nature des différences entre les héritiers* », E. Poisson-Drocourt, *op. cit.*, p. 1833.

Alors, il sera possible de déterminer plus précisément les limites de l'encadrement de l'effet horizontal de la CEDH et du contrôle européen.

160. Au terme de cet exposé, il apparaît que l'origine privée de l'ingérence n'est plus un argument péremptoire limitant l'application des droits de l'Homme. Si une simplification de la diffusion interindividuelle des garanties européennes apparaît souhaitable, il convient de constater que, quel que soit le fondement de l'effet horizontal, la Cour européenne parvient à une « optimisation » des droits de l'Homme en permettant leur concrétisation sans égard pour la qualité de la personne à l'origine de l'ingérence. Ainsi, s'accomplit l'effectivité de la CEDH pour laquelle l'attention des organes strasbourgeois est constante. Les assises de l'effet horizontal étant établies, il convient de s'interroger sur l'appréciation du litige effectuée par les instances strasbourgeoises lorsque la violation d'un droit de l'Homme provient d'une personne privée. En effet, ne pouvant examiner les contentieux interpersonnels, la Cour a la délicate tâche de juger l'affaire en tenant compte du comportement étatique, sans négliger pour autant les intérêts individuels en jeu.

CHAPITRE II

LA TRILATÉRALITÉ DU LITIGE HORIZONTAL

161. Présenter le conflit horizontal sous une forme bilatérale n'est pas satisfaisant parce qu'on ne peut occulter les raisons premières de la présence du requérant et de l'Etat à Strasbourg[541]. La situation courante relevant de ce type de litige est connue. Un contentieux surgit entre deux personnes privées, il est porté devant les juridictions internes, un des protagonistes de l'affaire est mécontent de la sentence nationale et il soumet sa cause aux juges européens. Son « adversaire » n'est plus alors la partie à laquelle il était opposé devant les juridictions nationales, mais l'Etat, garant du comportement de ses représentants. Aussi, la résolution d'un conflit horizontal indirect suscite-elle à juste titre de nombreuses interrogations. En premier lieu, la Cour doit pouvoir imputer la violation alléguée à l'Etat. Cette question ne pose pas de difficulté de principe, les juges européens ayant réussi à relier une grande variété d'ingérences individuelles au comportement de l'Etat. Néanmoins, il faudra s'interroger sur la pertinence des distinctions entre obligations positives et négatives, et entre attitude passive ou active de l'Etat afin d'apprécier ce comportement. En second lieu, lorsqu'elle rend un arrêt, la Cour assure qu'elle va effectuer une balance des intérêts afin de rechercher un juste équilibre des droits. L'objectif est intelligible et noble, mais les moyens pour y parvenir paraissent nébuleux. Les questions soulevées par la balance des intérêts des conflits horizontaux sont d'autant plus nombreuses que, d'une part, la Cour a rejeté l'idée d'une théorisation de l'effet horizontal, et que, d'autre part, les méthodes qu'elle adopte afin de résoudre ce type de conflit paraissent exacerber les écueils de la balance des intérêts de cette jurisprudence. Quels sont les principes gouvernant la pesée des intérêts ? Tout d'abord, entre quels droits la Cour tente-t-elle d'établir un équilibre lorsque le conflit a une origine interindividuelle ? Comment peut-elle rendre une décision restaurant l'équilibre des droits à la suite d'un conflit interindividuel alors qu'elle ne peut juger que du comportement étatique ? Comment de la sorte peut-elle rendre une décision équitable et respectable ? De même, l'un des particuliers, partie au conflit initial, peut-il être assimilé à l'Etat et donc bénéficier des mêmes moyens de défense, y compris la sauvegarde de l'intérêt général ? En parvenant à

[541] Pour cette raison, nous nous sommes permis d'employer le néologisme « trilatéralité », obtenu par dérivation de l'adjectif trilatéral.

effectuer un juste équilibre entre deux intérêts privés, il apparaît que la Cour réalise fréquemment une proportionnalité privatisée que ne dit pas son nom. Certes, cette technique n'est ni constante, ni aboutie, mais elle se manifeste lorsque les juges européens prennent en considération les droits individuels opposés à ceux du requérant, lorsqu'ils concilient deux intérêts privés ou enfin, lorsqu'ils vérifient si les autorités nationales ont effectué un juste équilibre des intérêts privés.

162. Le caractère trilatéral du litige horizontal résulte donc de l'inévitable présence de l'Etat (Section I) et de la privatisation implicite du contrôle de proportionnalité (Section II).

SECTION I – LA PRÉSENCE INÉLUCTABLE DE L'ÉTAT

163. En raison de la nécessaire présence de l'Etat dans le contentieux horizontal indirect, il convient d'établir comment la Cour apprécie le rôle qu'il a joué dans le conflit. Si l'affaire s'y prête, les juges européens lui reprocheront un comportement inadéquat révélant une protection défectueuse des droits de l'Homme dans les relations privées. Cette attitude permettra de lui imputer la violation alléguée par le requérant et d'établir un lien entre les contentieux privés et les litiges dont peut être saisie la Cour[542]. La conduite de l'Etat fait l'objet de différentes classifications dont la principale repose sur une distinction entre obligations positives et obligations négatives, à laquelle correspond, en principe, la distinction entre action et inaction de l'Etat[543]. Cette dichotomie, dont l'intérêt avait été relativisé précédemment, doit pourtant être réexaminée afin d'établir si elle influe sur la résolution du litige horizontal. En effet, la solution apportée par la Cour dépend-elle, ou doit-elle dépendre, de la nature de l'obligation imposée par l'espèce ? Certains auteurs avancent cette thèse et la distinction effectuée par la Cour peut le laisser penser. Aussi, nous tenterons de démontrer que seul l'effet produit par le comportement est, et doit être, pris en considération. En conséquence, après l'analyse du contrôle de l'imputabilité de la violation à l'Etat (§ I) il conviendra d'expliquer pourquoi le comportement étatique doit être apprécié au regard de l'effet qu'il produit (§ II).

---

[542] Sur le mécanisme de l'imputabilité, V. Partie I, Titre I, Chapitre I, *supra*.

[543] V. Partie I, Titre I, Chapitre I, *supra*.

§ I – LE CONTRÔLE DE L'IMPUTABILITÉ DE LA VIOLATION A L'ÉTAT

164. Imputabilité de la violation individuelle et obligations étatiques sont étroitement liées. La requête met en cause la violation d'un droit par l'Etat et donc la violation de son obligation de garantie des droits de l'Homme entre personnes privées. Les ingérences imputables à l'Etat révèlent alors ses obligations. Lorsqu'elle est saisie, la Cour discerne l'autorité publique intervenue d'une façon ou d'une autre dans le litige, étudie son comportement et, éventuellement, en déduit une obligation. Assurément, l'extension horizontale de l'applicabilité de la Convention a entraîné un accroissement des obligations étatiques. Celles-ci sont désormais nombreuses et rares sont les autorités de l'Etat qui n'y sont pas indirectement soumises. Il serait possible de recenser les obligations étatiques associées à chaque disposition conventionnelle[544], mais une telle énumération risquerait de se transformer en fastidieux catalogue. Le choix de présentation sera motivé par l'importante évolution interprétative actuellement effectuée par la Cour, et consistant à déduire des obligations procédurales à partir des dispositions garantissant des droits et libertés substantiels[545]. Seront également inclus certains arrêts qui, ne visant *a priori* que les relations entre l'Etat et les individus, peuvent également imposer des obligations ayant des répercussions sur les relations de droit privé dans l'ordre juridique interne. Une distinction sera donc établie entre les obligations étatiques matérielles (A) et les obligations étatiques procédurales (B).

A/ LES OBLIGATIONS ÉTATIQUES MATÉRIELLES

165. Le mécanisme de l'imputabilité permet à la Cour européenne d'établir un constat de violation à l'encontre des Hautes Parties contractantes dès lors que celles-ci ont permis, soit par leur action, soit par leur inaction, à un particulier de violer les droits de l'Homme d'une autre personne privée. Les juges strasbourgeois reprochent alors aux Etats les défaillances de la protection interne des droits de l'Homme et font une interprétation

---

[544] Pour une détaillée de l'interprétation de chaque disposition conventionnelle, V. F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ème éd., PUF, coll. Thémis, 2005.

[545] S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 39, 2003, p. 29.

particulièrement extensive de ce mécanisme. Les carences étatiques dans la protection des droits européens entre particuliers comprennent évidemment les ingérences actives commises par l'Etat, mais également les comportements passifs[546]. Sont alors à l'origine de la protection défectueuse des relations interpersonnelles un cadre juridique inadéquat, une décision de justice inappropriée et plus généralement un comportement défaillant des représentants de l'Etat. Depuis son origine, la jurisprudence horizontale suit une double évolution : non seulement aucune autorité étatique n'est dispensée de contribuer à l'effectivité des droits de l'Homme, mais la privatisation ne peut absoudre l'Etat qui n'a pas respecté ses engagements.

166. La responsabilité d'une Partie contractante peut avoir pour origine une législation propice à la violation de la Convention, ou de manière plus générale un cadre juridique inadapté à la garantie effective des droits de l'Homme. Ainsi, depuis l'arrêt *Young, James et Webster*[547], il est admis que l'Etat peut être tenu responsable si le législateur national manque à son obligation de protéger les droits et libertés garantis par la Convention[548]. Cette décision constitue un parangon de la mise en œuvre du mécanisme de l'imputabilité reposant sur l'article 1 et impliquant des particuliers. Peu importe que l'Etat ne soit pas intervenu directement dans les relations privées, il est responsable de la situation litigieuse parce qu'il l'a rendu licite. Il est responsable des législations adoptées par son Parlement. Dans le même sens, la Cour a considéré que l'Etat manque à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11, si le droit interne permet aux employeurs d'avoir recours à des incitations financières pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants[549]. La liberté d'expression fait l'objet de considérations analogues puisque « *la responsabilité de l'Etat peut être engagée s'il n'a pas respecté son obligation d'édicter une*

[546] Sur cette distinction parfois difficile à établir, V. § II, *infra*.

[547] Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44 ; *CDE* 1982, p. 226, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. Rolland.

[548] La Cour a affirmé que « *selon l'article 1, chaque Etat contractant reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention ; partant, quand la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'Etat. Or si la cause immédiate des évènements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés* », § 49.

[549] Cour EDH, arrêt *Wilson, National Union of journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 48 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

législation interne »[550]. Des pratiques peuvent être légales, voire constitutionnelles[551], mais inconventionnelles et l'Etat sera rendu responsable puisqu'il les a suscitées ou tolérées.

167. Le comportement étatique est également stigmatisé dès lors que la législation en vigueur s'avère déficiente. Ainsi, s'agissant des violences sexuelles, « *seule une législation criminelle peut assurer une protection efficace, nécessaire en ce domaine* »[552] ; l'Etat était responsable de l'absence d'action pénale à disposition de la victime, de l'insuffisance de la protection mise en place. Sont également exigées la criminalisation et la répression effective « *de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique* »[553] et de tout acte tendant à maintenir une personne en situation d'esclavage domestique[554]. S'agissant du droit à la vie, « *une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes à la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations* » doit être instaurée[555]. De même, l'Etat a l'obligation de prévoir « *un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la*

---

[550] Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 45 ; *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir ; *AJDA* 2001, p. 1074, obs. J.-F. Flauss.

[551] Cour EDH, arrêt *Lecarpentier et autre c. France* du 14 février 2006, req. n° 67847/01, § 46 : La Cour a considéré qu'en l'espèce la décision du Conseil constitutionnel français ne saurait suffire à établir la conformité d'un article de la loi avec les dispositions de la Convention ; *LPA* 3 mai 2006, p. 12, obs. E. Garaud ; *RTD civ.* 2006, p. 261, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 288, obs. Th. Revet ; *RDC* 2006, p. 779, obs. A. Debet ; *JCP* 2006, I, 164, n° 4 et 14, obs. F. Sudre.

[552] Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91, § 27 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[553] Cour EDH, arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, § 166 ; *RTD civ.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

[554] La Cour estime que « *conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne* » en état de d'esclavage ou de servitude ; Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01, § 112 ; *JCP* 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.* 2006, 346, note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss ; *RSC* 2006, p. 139, obs. F. Massias.

[555] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet ; Cour EDH, arrêt *Kiliç c. Turquie* du 28 mars 2000, req. n° 22492/93, § 62.

protection de la vie de leurs malades »[556]. Pareillement, le droit interne qui permet à une personne, accusée de voies de fait sur un enfant, d'arguer que le traitement litigieux constitue un « *châtiment raisonnable* » n'offre pas aux enfants une protection suffisante[557].

168. Logiquement, lorsque les autorités de l'Etat adoptent une réglementation, elles ont l'obligation de la faire respecter de manière constante. L'arrêt *Moreno Gomez c. Espagne*, rendu le 16 novembre 2004[558] est en ce sens exemplaire. En l'espèce, la requérante se plaignait du bruit engendré par la multiplication des boîtes de nuit dans la zone résidentielle de la commune de Valence où elle habitait, et de l'inertie des autorités municipales. La municipalité de Valence avait effectivement adopté plusieurs décisions et arrêtés visant à limiter l'activité nocturne du quartier, mais ils ne furent pas appliqués. Saisie sur le fondement de l'article 8, la Cour rappela l'obligation positive de faire respecter cette disposition dans les relations des individus entre eux et précisa que l'affaire concerne « *l'inactivité des autorités pour faire cesser les atteintes, causées par de tierces personnes, au droit invoqué par la requérante* »[559]. Tout en constatant que l'administration municipale de Valence a adopté des mesures « *en principe adéquates* » visant au respect des droits garantis, la Cour relève que « *l'administration mise en cause a toléré l'inobservation réitérée de la réglementation qu'elle-même avait établie et y a aussi contribué* ». Or « *une réglementation pour protéger des droits garantis serait une mesure illusoire si elle n'est pas observée de façon constante et la Cour doit rappeler que la Convention vise à protéger des droits effectifs et non théoriques et illusoires* »[560]. Dans ces circonstances, la Cour considère que bien qu'ayant adopté les mesures adéquates, l'Etat a failli à ses obligations. L'adoption d'une réglementation est insuffisante. Il faut en outre qu'elle soit observée[561].

---

[556] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96, § 49 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

[557] Cour EDH, arrêt *A c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, req. n° 25599/94, § 23-24 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

[558] Cour EDH, arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004, req. n° 4143/02 ; *GACEDH*, n° 46, comm. J.-P. Marguénaud.

[559] § 57.

[560] § 61.

[561] Comp. Cour EDH, arrêt *Botta c. Italie* du 24 février 1998, req. n° 21439/93 ; *D.* 1998, somm. comm. 371, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1999, p. 498, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1999, I, 105, n° 41, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1999, p. 595, obs. B. Maurer.

169. La protection des droits serait défectueuse si elle ne reposait que sur le législateur. Aussi, la Cour estime que la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des Hautes Parties contractantes à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre, elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs[562]. Ainsi, lorsqu'un représentant de l'Etat intervient dans une relation interindividuelle, il doit prévenir toute violation ou y remédier, au risque d'impliquer l'Etat. Toutes les autorités étatiques sont mises à contribution afin d'assurer le respect des droits de l'Homme dans les relations privées. S'agissant de la liberté de religion, l'Etat a une obligation de conciliation des intérêts des divers groupes et des convictions de chacun[563]. Il doit garantir le pluralisme et, en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyance, il a « *le devoir de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent* »[564]. Certains arrêts sont plus précis et visent directement les autorités devant participer au respect de ses obligations par l'Etat. Cette exigence est requise tant des juridictions internes que des forces de l'ordre, des autorités pénitentiaires ou sociales.

170. Les juges nationaux sont les principaux artisans du respect de la Convention entre personnes privées, c'est pourquoi la Cour leur adresse de fréquentes injonctions relatives aux modalités de ce respect. Ainsi, lorsqu'un joueur de football professionnel se plaint de subir une entrave à son transfert, d'un club à un autre, en raison de l'indemnité réclamée par son premier employeur et des règles posées par l'association nationale de football, la Commission répond qu' « *on pourrait faire valoir que la responsabilité du Gouvernement néerlandais est engagée dans la mesure où il a l'obligation de veiller à ce que les règles adoptées même par une association privée, ne soient pas contraires aux dispositions de la Convention, notamment lorsque les tribunaux néerlandais sont compétents pour examiner les litiges relatifs à leur application* »[565]. Dans le même sens, un avocat se

---

[562] Cour EDH, arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239. Les articles 1er et 14 fondent cette solution.

[563] Cour EDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 33 ; *RTDH* 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1994, p. 31, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 53, comm. M. Levinet.

[564] Cour EDH, déc. *Eglise métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie* du 13 décembre 2001, req. 45701/99, § 123 ; *AJDA*, 2002, p. 503, obs. J.-F. Flauss.

[565] Comm. EDH, déc. *X c. Pays-Bas* du 3 mai 1983, req. n° 9322/81.

plaignait de la sanction disciplinaire que le conseil de l'Ordre de Barcelone lui avait infligée en raison de la publication d'une annonce relative à son cabinet et la Cour a considéré que « *la décision incriminée fut adoptée conformément aux dispositions applicables aux avocats de Barcelone et se prêtait à des recours devant les juridictions compétentes. Tant ces dernières que le Tribunal constitutionnel, tous organes de l'Etat, confirmèrent la sanction. En ce sens, on peut considérer qu'il y a ingérence d'une "autorité publique" dans le droit de Me Casado Coca à communiquer librement des informations* »[566]. Dès lors qu'il est saisi d'un litige, le juge peut, et donc doit, faire respecter les garanties conventionnelles. Le juge d'application des peines doit également concourir au respect du droit à la vie entre personnes privées : lorsqu'il accorde à des détenus une permission de sortie ou un régime de semi-liberté, il est soumis à l'obligation de diligence qu'impose l'article 2[567]. Depuis l'arrêt *Pla et Puncernau,* le juge interne a l'obligation de ne pas faire une interprétation des actes juridiques « *déraisonnable, arbitraire ou (…) en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* »[568] et doit conférer à la clause contractuelle le sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour[569]. Par ailleurs, l'arrêt *Van Kück* limite le pouvoir des juges d'apprécier l'opportunité de refuser une mesure d'expertise dans les conflits privés, et semble reconnaître un droit d'accès à l'expertise[570]. Enfin, et de manière plus générale, les juridictions nationales doivent établir un juste équilibre entre les différents droits garantis et entre les intérêts en présence[571]. De la

---

[566] Cour EDH, arrêt *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, série A n° 285, § 39 ; *RTDH* 1995, p. 69, obs. M.-A. Halperin ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 44, obs. F. Sudre.

[567] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 74 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

[568] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, § 59 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[569] § 62.

[570] Cour EDH, arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97 ; *RTD civ.* 2004, p. 362, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet.

[571] Cour EDH, arrêt *Van Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, req. n° 59320/00, § 79 ; *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

même façon, il peut être exigé de l'Etat qu'il mette en place une procédure générale de pesée des intérêts en conflit par un organe indépendant[572].

171. A l'instar du juge, les autorités policières ont l'obligation de participer à l'exercice effectif des droits garantis. Elles doivent garantir le déroulement pacifique des manifestations licites contre les perturbations provoquées par d'autres manifestants[573]. Elles doivent « *prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »[574], dès lors qu'elles ont ou auraient dû avoir connaissance d'un risque certain et immédiat[575]. Le concours des forces de l'ordre peut en outre être sollicité pour protéger le respect de la vie privée ; dans une affaire examinée par la Commission européenne des droits de l'Homme, une mère de famille, invoquant les articles 8 de la Convention et 1 du premier Protocole, se plaignait d'être persécutée par son ancien concubin, le père de ses deux derniers enfants. La Commission a rejeté la requête pour

---

[572] L'affaire *Gaskin* témoigne de cette nécessité. En l'espèce, le requérant avait sollicité la communication d'un dossier, conservé par la municipalité, sur sa prise en charge par les services sociaux lorsqu'il était mineur. Envisageant le litige sous l'angle des obligations positives relevant de l'article 8, la Cour a considéré que le système mis en place au Royaume-Uni, qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. Nonobstant cette assertion, la Cour a précisé que le système prévu « *ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès* » au dossier (§ 49). Or, tel n'étant pas le cas en l'espèce, la Cour en a déduit qu'il y avait violation de l'article 8 ; la carence de l'Etat peut donc être caractérisée par l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance deux intérêts, comme en l'espèce, celui d'un individu à consulter son dossier et celui des informateurs à conserver leur anonymat. Cour EDH, arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160 ; *RTDH* 1990, p. 353, obs. P. Lambert. Cette exigence a été confirmée : Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98 ; *JCP* 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ*. 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ*. 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. Marguénaud. Sur le mécanisme de balance des intérêts, v. *infra*.

[573] « *S'il incombe aux Etats contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient le garantir de manière absolue…* », c'est pourquoi la Cour se limite « *à rechercher si l'on peut défendre la thèse que les autorités compétentes n'ont pas pris les dispositions nécessaires* ». Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte Für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, §§ 34, 36, 39 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

[574] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

[575] *Ibidem* § 116.

non épuisement des voies de recours, mais a affirmé au préalable que l'Etat peut voir sa responsabilité engagée par le non respect de l'obligation positive de prendre des mesures adéquates afin de protéger la requérante contre ce type de persécution volontaire[576]. Une obligation positive de protection contre le harcèlement exercé sur un particulier par un tiers exige donc une protection adéquate[577].

172. Le législateur, le juge et les autorités policières ne sont pas les seuls représentants de l'Etat à devoir contribuer au respect des droits de l'Homme. Les autorités pénitentiaires doivent également veiller à surveiller les personnes privées de liberté et empêcher qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique[578]. Un gardien de prison doit ainsi intervenir promptement lorsqu'un individu est agressé par ses codétenus. L'obligation de prévenir une atteinte au droit à la vie concerne l'ensemble des personnes participant au processus d'incarcération. La Cour a ainsi jugé que « *l'omission par les institutions concernées en l'espèce (profession médicale, police, autorités de poursuite et tribunal) de communiquer aux autorités carcérales les informations disponibles au sujet (du meurtrier) et l'inadéquation de l'examen de filtrage dont ce dernier fit l'objet à son arrivée en prison révèlent un manquement de la part de l'Etat défendeur à son obligation de protéger la vie* »[579] d'une personne détenue. Les services sociaux locaux sont identiquement soumis au respect

---

[576] "*In these circumstances, the Commission finds that the responsability of the State is engaged and that it is under a positive obligation to secure the applicant's rights by providing adequate protection against this type of deliberate persecution*", Comm. EDH, déc. *Whiteside c. Royaume-Uni* du 7 mars 1994, req. n° 20357/92.

[577] Cette solution, qui ôte toute limite interne à la notion de juridiction, a été ultérieurement confirmée par la Cour européenne. L'affaire *A contre Royaume-Uni* (Cour EDH, arrêt du 23 septembre 1998, req. n° 25599/94, *JCP* 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre) relative aux mauvais traitements infligés par un père à son enfant, permet d'éluder le caractère clos et privé du siège de la violation. Le Royaume-Uni contestait l'engagement de sa responsabilité au motif que la violation avait été commise au sein d'un domicile (« *No direct responsability can attach to the State under the Article 8 in respect of the acts of a parent or step-parent within the home* », Comm. EDH, rapp. du 18 septembre 1997, § 31) ; cet argument n'a pas été retenu par les instances européennes. Sont dès lors condamnées les violences institutionnalisées et celles qui ne le sont pas. La Cour considère en effet, à propos des châtiments corporels infligés aux mineurs délinquants sur l'île de Man, qu'il « *s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'Etat et infligées par la police* », Cour EDH, arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A n° 26, § 33.

[578] Cour EDH, arrêt *Pantea c. Roumanie* du 3 juin 2003, req. n° 33343/96, § 195 ; *D.* 2003, som. p. 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre.

[579] Cour EDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 64 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

des obligations de l'Etat. Les obligations résultant de la combinaison des articles 3 et 1 « *doivent permettre une protection efficace notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance* »[580]. Lorsque les services sociaux sont informés des mauvais traitements et des graves négligences que subissent des enfants dans leur famille, ils ont l'obligation d'intervenir afin de protéger ces enfants[581].

173. Par ailleurs, il apparaît que la privatisation n'est pas un obstacle à la subsistance des obligations étatiques[582]. Si l'Etat entend se dégager de certaines de ses activités au profit d'organismes privés, il ne peut simultanément se décharger de ses obligations en matière de droits de l'Homme. Paradoxalement, la diminution de ses engagements nationaux risque d'entraîner une augmentation de ses obligations internationales dans les rapports entre personnes privées. Ainsi, « *l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers* »[583]. Il doit par exemple condamner les mauvais traitements infligés à un élève par le directeur d'un établissement scolaire privé, en raison d'un manquement à la discipline. L'absence de pertinence de l'organisation interne des Etats signataires a d'ailleurs été relevée dans une opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Costello-Roberts*[584], selon laquelle « *un Etat ne peut ni se décharger de l'administration pénitentiaire sur le secteur privé, rendant par là même licites les peines corporelles dans les prisons, ni autoriser la création*

[580] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, req. n° 29392/95, §§ 73-74 ; *JCP* 2001, I, 342, n° 3, obs. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni* du 10 octobre 2002, req. n° 38719/97, § 109 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 3 et 23, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, p. 1355, obs. A. Gouttenoire ; Cour EDH, arrêt *E. et autres c. Royaume-Uni* du 26 novembre 2002, req. n° 33218/96, § 88 ; *RTDH* 2003, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

[581] En l'espèce, la particulière gravité des traitements infligés aux enfants permet à la Cour de les qualifier de traitements inhumains et dégradants.

[582] « *Les pouvoirs publics ne sauraient, par la privatisation, se débarrasser de la responsabilité de protéger des droits et libertés autres que le droit de propriété* », Opinion partiellement de M. le Juge Maruste jointe à Cour EDH, arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, req. n° 44306/98.

[583] Cour EDH arrêt *Costello-roberts c. Royaume-Uni* du 25 mars 1993, série A n° 247-C, § 27 ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, pp. 775-778, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière ; Cour EDH arrêt *Van der Mussele c. Belgique* du 23 novembre 1983, série A n° 70, §§ 28-30.

[584] Préc. ; Opinion partiellement dissidente commune à MM. Les juges Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, Matscher et Wildhaber.

d'écoles privées dirigées sans considération pour les exigences de la Convention ». L'Etat doit pareillement veiller au respect de ses obligations dans les hôpitaux psychiatriques privés[585]. Il est donc tout à fait possible que les exemples jurisprudentiels en ce sens se multiplient.

174. Cet aperçu de la jurisprudence européenne démontre que l'étendue des obligations étatiques relatives au respect des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles est très vaste. Un Etat peut même se voir reprocher les causes ayant conduit un délinquant à commettre des infractions. Ainsi, lorsqu'un individu coupable de crimes graves fait l'objet d'une mesure d'expulsion, la Cour estime que celle-ci serait disproportionnée et entraînerait une violation du droit au respect de la vie privée et familiale, eu égard à son handicap, une surdi-mudité congénitale amplifiée par un analphabétisme, à son absence de lien avec l'Algérie et la présence de sa famille en France, et au fait « *qu'il n'a guère pu suivre de traitement adapté* »[586], en dépit des nombreuses recommandations des experts consultés par les tribunaux. Les autorités publiques averties devaient par conséquent agir. L'Etat peut donc être responsable de l'évolution comportementale déviante des individus[587] en raison de ses carences[588] dans leur prévention, le délinquant apparaissant dès lors comme une victime sociale. Si cette affaire ne concerne que les relations entre un particulier et la puissance publique, elle met en exergue l'étendue potentielle de la

[585] Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00, § 103 ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy ; *JCP* 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre.

[586] Cour EDH, arrêt *Nasri c. France* du 13 juillet 1995, série A n° 320-B, § 43.

[587] V. l'opinion partiellement dissidente de M. le Juge Morenilla, sous l'arrêt *Nasri*, selon qui « *l'Etat qui, pour des raisons de convenance, accueille les travailleurs immigrés et autorise leur résidence, devient responsable de l'éducation et de la socialisation des enfants de ces immigrés tout comme il l'est des enfants de ses "citoyens". En cas d'échec de cette socialisation, dont les comportements marginaux ou délictueux sont la conséquence, cet Etat est aussi tenu d'assurer leur réinsertion sociale au lieu de les renvoyer dans leur pays d'origine, qui n'a aucune responsabilité pour ces comportements et où les possibilités de réhabilitation dans un milieu social étranger s'avèrent illusoires* ».

[588] Il faut noter que la jurisprudence européenne s'est depuis affermie en matière d'expulsion des étrangers et de telles affirmations n'ont pas été réitérées. L'obligation de socialiser les étrangers et, en cas d'échec, de d'assurer leur réinsertion est donc actuellement fortement atténuée ; V. notamment Cour EDH, arrêt *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, req. n° 22070/93 ; *RTD civ.* 1996, p. 1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, I, n° 4000, n° 37, obs. F. Sudre ; Cour EDH arrêt *Baghli c. France* du 30 novembre 1999, req. n° 34374/97 ; *D.* 2000, som. p. 189, obs. J-F Renucci ; *RTDH* 2000, p. 293, obs. M. Levinet.

responsabilité de l'Etat[589]. Néanmoins, les obligations étatiques comportent quelques limites : d'une part, la Commission a affirmé que l'article 8 « *n'oblige pas l'Etat à intervenir positivement pour rétablir les conditions de vie familiale dégradées* »[590] ; d'autre part, la CEDH n'a « *pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants* »[591]. Nonobstant la grande variété d'obligations matérielles à la charge de l'Etat et de ses représentants, la Cour a développé de nouvelles obligations, de nature procédurale, fondées sur des droits substantiels.

B/ LES OBLIGATIONS ÉTATIQUES PROCÉDURALES

175. Les obligations étatiques en matière de procédure sont en constante évolution, même lorsque sont en jeu des relations de droit privé. Madame la juge Françoise Tulkens a ainsi relevé un « *mouvement de procéduralisation des droits et libertés substantiels* »[592]. Le

---

[589] L'affaire *D. c. Royaume-Uni*, jugée le 2 mai 1997 (req. n° 30240/96) par la Cour européenne, est révélatrice de cette extension de responsabilité : les juges, à l'unanimité, ont estimé que l'expulsion d'une personne en phase terminale du sida ne pouvant bénéficier d'un traitement similaire à celui disponible au Royaume-Uni, et démunie financièrement et moralement, pouvait être constitutive d'une violation de l'article 3 ; la Cour reconnaît ainsi qu'habituellement la violation de l'article 3 est retenue lorsque le risque de traitements contraires à cet article découle d'actes intentionnels contre lesquels les autorités du pays de destination ne sont pas en mesure d'offrir une protection appropriée, mais observe cependant que « *compte tenu des circonstances très exceptionnelles de l'affaire et des considérations humanitaires qui sont en jeu, force est de constater que la mise à exécution de la décision d'expulser le requérant emporterait violation de l'article 3* » (§§ 49 et 54). Cette évolution confirme l'intuition ressentie, dès 1982, par D. Evregenis, à propos de la drittwirkung, selon lequel « *the modern State has kind of "ecological liability" in the human rights field* », « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *H.R.L.J.* vol. 3, 1982, p. 137 cité par O. de Schutter : la responsabilité de l'Etat devient donc écologique, en s'élargissant en profondeur, en espace, en temps ; O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 326 ; comp. Cour arrêt *Aoulmi c. France* du 17 janvier 2006, req. n° 50278/99.

[590] Comm. EDH, déc. *Van Volsem c. Belgique* du 9 mai 1990 ; *RUDH* 1990, p. 349, obs. F. Sudre ; V. également, P.-H. Imbert, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) », *RDP* 1989, p. 739.

[591] Il s'agit de la réponse donnée par la Cour à des requérants alléguant que les bombardements effectués par les forces de l'OTAN à Belgrade en 1999, et ayant entraîné des décès, engageaient la responsabilité des Etats participants, parties à la Convention ; Cour EDH, Gde Ch., déc. *Bankovik et autres. c. 17 Etats* du 12 décembre 2001, req. n° 52207/99, § 80 . *JCP* 2002, I, 105, n° 1, obs. F. Sudre ; *D.* 2002, p. 2567, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 2002, p. 1055, obs. G. Cohen-Jonathan ; *CDE* 2002, p. 752, obs. J. Andriantsimbazovina ; *AJDA* 2005, p. 501, obs. J.-F. Flauss.

[592] Fr. Tulkens, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en*

Professeur Frédéric Sudre a également souligné l' « *absorption* » de l'article 6 par l'article 8 de la Convention[593]. La Cour parachève ainsi son contrôle du comportement étatique par l'examen des garanties procédurales offertes aux individus. En outre, l'article 6 de la CEDH est de plus en plus fréquemment invoqué par les requérants afin d'obliger les Etats à contribuer au respect des décisions de justice dans les relations entre particuliers.

176. L'obligation de protéger le droit à la vie, imposée par l'article 2 et combinée avec l'article 1, implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par les agents de l'Etat, à entraîné mort d'homme[594]. La Cour a étendu cette obligation, puisqu'elle ne vaut plus seulement pour les cas où il a été établi que la mort avait été provoquée par un agent de l'Etat[595]. Le simple fait que les autorités soient informées du décès donne *ipso facto* naissance à l'obligation[596]. En outre, l'Etat a le devoir « *d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans la cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes* »[597]. De même, lorsque des individus en régime de semi-liberté commettent un crime, l'article 2 impose l'obligation de garantir une enquête pénale[598]. Le respect de l'article 3 implique également des obligations procédurales, alors même que l'atteinte à l'intégrité physique provient de personnes privées. Un arrêt de

---

hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp. 1605-1626, spéc. p. 1626.

[593] *JCP* 2003, I, 160, n° 11 . En effet, le grief du défaut d'équité de la procédure peut être examiné dans le seul cadre de l'article 8.

[594] Cour EDH, arrêt *McCann c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, série A n° 324 ; § 161. *RTDH* 1996, p. 229, obs. A. Reuteir-Korkmaz ; *GACEDH*, n° 10, comm. M. Levinet.

[595] Cour EDH, arrêt *Tanrikulu c. Turquie* du 8 juillet 1999, req. n° 23763/94, § 103 ; Cour EDH, arrêt *Demiray c. Turquie* du 21 novembre 2000, req. n° 27308/95, § 50.

[596] *Ibidem.*

[597] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96, § 49 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

[598] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 93 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

Grande chambre de la Cour est cependant venu préciser que l'obligation de mener une enquête effective est en principe absorbée par la notion de recours effectif de l'article 13[599].

177. Pareillement, l'article 8 a été interprété comme impliquant certaines exigences procédurales, lesquelles sont particulièrement nettes lorsque le conflit est relatif à l'autorité parentale[600]. Les conflits entre parents portant sur l'autorité parentale relèvent, devant la Cour, de l'effet vertical de la Convention. Néanmoins, les juges européens exigent que la procédure interne tranchant le conflit entre le père et la mère soit équitable, affirmation qui se rapporte à l'effet horizontal. Ainsi, lorsqu'une procédure de placement d'un enfant a été mise en place, la Cour recherche « *si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts* »[601]. A défaut, les juges considèrent que l'Etat n'a pas respecté ses engagements conventionnels. Ils ont également énoncé que le processus de transfert de l'autorité parentale au père doit ménager à la mère un rôle respectant ses intérêts[602] et que les autorités doivent faciliter l'exécution d'une décision de justice accordant un droit de visite à l'un des parents[603]. De même, les exigences procédurales de l'article 8 ne seront pas respectées si les tribunaux refusent un droit de visite au requérant à l'égard de son fils, après avoir rejeté une demande d'expertise psychologique et sans avoir tenu d'audience[604]. Ainsi, la Cour considère que « *si*

[599] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilhan c. Turquie* du 27 juin 2000, req. n° 22277/93, § 92 ; *JCP* 2001, I, 291, n° 8, obs. F. Sudre. Une requête portant sur de multiples agressions subies par des témoins de Jéhovah et perpétrées par des particuliers doit prochainement faire l'objet d'un examen au fond par la Cour européenne. Dans sa décision de recevabilité, la 2ème section de la Cour a examiné le grief sous l'angle des articles 3 et 9 en combinaison avec les articles 13 et 14 de la Convention ; déc. *97 membres de la Congrégation de Gldani des témoins de Jéhovah et quatre autres c. la Géorgie* du 6 juillet 2004, req. n° 71156/01.

[600] F Sudre, *loc. cit.*

[601] Cour EDH, arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, série A n° 121-A, § 64.

[602] Cour EDH, arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000, req. n° 31679/96 ; *RTD civ.* 2001, p. 451, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 32, obs. F. Sudre.

[603] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Larfargue c. Roumanie* du 13 juillet 2006, req. n° 37284/02.

[604] Dès lors qu'une mesure d'éloignement est envisagée, « *il incombe à l'Etat défendeur d'établir que les autorités ont évalué avec soin l'incidence qu'aurait sur les requérants et les enfants la mesure de placement et ont envisagé d'autres solutions que la prise en charge des enfants avant de mettre pareille mesure à exécution* » ; Cour EDH, arrêt *Covezzi et Morselli c. Italie* du 9 mai 2003, req. n° 52763/99, § 108 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch. arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001, req. n° 25702/94, § 166 ; *JCP* 2002, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts protégés par cette disposition »[605]. A défaut, il y aura constat de violation de ce droit substantiel. Ce raisonnement a été étendu en matière de droit des biens : L'Etat doit « *fournir une procédure judiciaire qui soit dotée des garanties de procédure nécessaires et qui permette donc aux tribunaux de trancher efficacement et équitablement tout éventuel litige entre des personnes privées* »[606]. Si la procédure est inéquitable, il manque à son obligation d'assurer la jouissance effective du droit de propriété[607]. Cette évolution de la jurisprudence européenne suscite quelques inquiétudes quant au caractère principal ou accessoire du contrôle procédural au regard du contrôle substantiel[608]. Pourtant, il faut convenir que « *la transformation des droits substantiels en droits à double visage (substantiel et procédural) améliore sensiblement leur protection comme elle renforce l'obligation des Etats parties de prévenir et d'empêcher leur violation* »[609].

178. Parallèlement à l'affirmation croissante d'obligations procédurales fondées sur des dispositions matérielles, l'article 6 fait l'objet d'invocations dans des affaires ayant des implications horizontales. Depuis l'arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997[610], les Etats doivent garantir l'exécution des décisions prononcées par leurs tribunaux. Afin d'observer cette obligation positive, il appartient à chaque Etat de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant. Ainsi, l'Etat a l'obligation de faire exécuter une décision judiciaire reconnaissant

---

605 § 133.

606 Cour EDH, arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, req. n° 48553/99, § 97 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre ; AJDA 2004, p. 534, obs. J.-F. Flauss.

607 § 98.

608 Fr. Tulkens considère que « *le contrôle procédural doit rester le complément du contrôle substantiel et non en devenir le substitut* » ; « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp. 1605-1626, spéc. p. 1626.

609 J. Andriantsimbazovina, « La Cour européenne des droits de l'Homme à la croisée des chemins, Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1999 à 2002 », *CDE* 2002, pp. 735-771, spéc. p. 757.

610 Cour EDH, arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, req. n° 18357/91 ; *RTD civ*. 1997, p. 1007, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; *D*. 1998, jur. p. 75, note F. Fricero ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH* n° 31, comm. J. Andriantsimbazovina.

la qualité de parents adoptifs aux requérants et enjoignant à un établissement privé chargé de l'accueil d'enfants de confier les mineures aux requérants[611]. Si un individu obtient une décision de justice imposant à son voisin de démolir les constructions, l'Etat doit adopter les mesures nécessaires[612]. Il peut aussi arriver que l'exécution des décisions de justice ne dépende pas de la seule volonté des autorités étatiques. Lorsqu'une décision judiciaire impose à un employeur la réintégration de l'un de ses salariés, le débiteur peut opposer un refus persistant à cette mesure et préférer supporter des sanctions pénales et financières. Cette attitude constitue un obstacle au respect de ses obligations par l'Etat, « *une impossibilité* de facto *d'exécuter* »[613]. La Cour considère alors que l'Etat doit avoir un comportement diligent et assister le créancier dans l'exécution[614]. Les juges européens vérifieront si l'Etat a déployé les efforts nécessaires et, dans l'affirmative, considéreront que le refus du débiteur d'exécuter l'obligation ne lui est pas imputable[615]. A l'inverse, ils constateront une violation de l'article 6 § 1 si les autorités n'ont pas pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles[616].

---

[611] Cour EDH, arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004 ; *D.* 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *Droit de la famille*, n° 30, Etude A. Gouttenoire et P. Salvage-Gerest ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre.

[612] Cour EDH, arrêt *Ruianu c. Roumanie* du 17 juin 2003, req. n° 34647/97.

[613] Cour EDH, arrêt *SC Magna Holding SRL c. Roumanie* du 13 juillet 2006, req. n° 10055/03, § 35. En l'espèce, la société requérante alléguait une violation de l'article 6 au motif que les autorités seraient restées inertes face au refus d'un tiers de signer un contrat de vente avec la requérante, et ce en dépit d'une décision de justice enjoignant ce tiers de contracter. La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 6, en raison du refus manifeste de la débitrice de s'exécuter et parce que la requérante n'avait pas envisagé des moyens d'exécution par équivalence.

[614] Cour EDH, arrêt *Fociac c. Roumanie* du 3 février 2005, req. n° 2577/02, § 70.

[615] *Idem*, § 74. Une autre affaire, dont les faits sont similaires, a été portée devant les instances européennes. Lors de sa décision de recevabilité, la 2ème section de la Cour avait relevé « *le caractère spécial de l'obligation à exécuter en l'espèce, qui nécessite l'intervention personnelle du débiteur* », Déc. *Roman et Hogea c. Roumanie* du 31 août 2004, req. n° 62959/00. Le 17 février 2005, la 3ème section de la Cour a constaté un règlement amiable, et a radié l'affaire du rôle.

[616] Cour EDH, arrêt *Ghibusi c. Roumanie* du 23 juin 2005, req. n° 7893/02, § 48. En l'espèce, les juges ont considéré que l'assistance des autorités « *pour faire exécuter la décision définitive favorable à la requérante a manqué totalement d'efficacité* ».

179. La Cour a confirmé et justifié l'ensemble de ces exigences dans un arrêt *Matheus c. France*, adopté le 31 mars 2005[617]. En l'espèce, le requérant avait été, durant seize années, dans l'impossibilité d'obtenir l'aide des forces de l'ordre pour faire évacuer des occupants sans titre de sa propriété. Rappelant sa jurisprudence antérieure, la Cour précise que si aucune considération sérieuse, d'ordre public ou social, ne s'y oppose, l'Etat doit apporter son concours à l'exécution d'une décision. En outre, l'attribution d'indemnités par les juridictions nationales n'est pas de nature à combler l'inaction des autorités, l'exécution devant être « *complète, parfaite et non partielle* »[618]. Selon les termes de la Cour, le refus d'apporter le concours de la force publique peut avoir pour effet « *d'aboutir à une sorte d'expropriation privée* »[619] dont l'occupant illégal se retrouve bénéficiaire. Aussi, cette solution se justifie par le risque d'engendrer une forme de justice privée contraire à la prééminence du droit[620]. Cette décision devrait, selon Monsieur le juge Costa, « *inciter les autorités à refuser moins légèrement l'assistance de la force publique à l'exécution des jugements passés en force de chose jugée* »[621].

180. Les affaires présentées, quoique n'ayant pas toutes des implications horizontales sont révélatrices de l'étendue des obligations étatiques. Dès lors que l'Etat ou ses représentants ont l'opportunité d'empêcher ou de remédier à une violation, cette faculté devient une obligation aux yeux des instances européennes, et l'ingérence peut lui être imputable. Le recours à la médiation étatique, c'est à dire au comportement de l'Etat, permet ainsi à la Cour de contrôler les conditions du respect des droits conventionnels entre particuliers. Il convient à présent de déterminer plus précisément comment est apprécié le comportement étatique au regard de la violation alléguée.

---

[617] Cour EDH, arrêt *Matheus c. France* du 31 mars 2005, req. 6274/00 ; *JCP* 2005, I, 160, n° 5, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2005, p. 1892, obs. J.-F. Flauss ; *Europe* 2005, comm. 234, obs. N. Deffains.

[618] § 58.

[619] § 71.

[620] La Cour se fonde pour cela sur une Recommandation du Comité des Ministres en matière d'exécution des décisions de justice.

[621] Opinion concordante jointe à l'arrêt. La Cour européenne est actuellement saisie d'une requête par vingt-deux rapatriés d'Algérie, vivant en Corse, qui affirment avoir été spoliés de leurs biens fonciers par des insulaires occupant illégalement, selon eux, leur propriété.

§ II - LE CONTRÔLE DE L'EFFET PRODUIT PAR LE COMPORTEMENT ÉTATIQUE

181. Les décisions européennes ayant des implications interpersonnelles étant généralement fondés sur une obligation positive, il est nécessaire d'établir si l'application du principe de proportionnalité ou la recherche d'un équilibre des droits doivent être conditionnées par l'attitude active ou passive de l'Etat. Une partie de la doctrine apporte une réponse affirmative à cette question. En dépit de nos développements sur la délicate distinction entre obligation positive et obligation négative[622], et entre action et abstention, il convient de vérifier si notre jugement doit être remis en question.

182. Les professeurs Marguénaud et Mouly[623] ont distingué quatre catégories d'obligations étatiques, en complément de la classification initialement effectuée par Olivier de Schutter[624]. La répartition ainsi établie avait pour objet de clarifier l'usage du mécanisme de proportionnalité[625] selon l'obligation étatique en jeu, et selon l'aspect vertical ou horizontal du litige. Les prémisses de cette théorie ne nous ayant pas convaincu, les conclusions n'y sont pas parvenues non plus. Néanmoins, les réflexions proposées ont l'avantage de mettre en exergue les difficultés de compréhension du raisonnement européen. Il est donc nécessaire de les résumer comme suit. En premier lieu, les auteurs distinguent l'obligation négative de respecter, qui s'inscrit dans les relations verticales entre l'Etat et l'individu, et qui relève du principe de proportionnalité classique, tel qu'inscrit dans les § 2 des articles 8 à 11 de la Convention conçus pour limiter les ingérences des autorités publiques. En deuxième lieu, il y aurait une obligation négative de ne pas fournir à un particulier les moyens ou les encouragements de porter atteinte aux droits de l'Homme d'autrui. Là encore, le principe de

---

[622] V. développements sur la technique des obligations positives, Titre I, Chapitre I, section II, *supra*.

[623] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, jur. p. 36.

[624] O. de Schutter, « Les générations des droits de l'Homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *in Juger les droits sociaux*, Acte du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n° 2, PULIM, 2004.

[625] Le professeur F. Sudre distingue également les violations privées imputables à l'Etat du fait de son inaction et les violations imputables à l'Etat pour avoir fourni au particulier les moyens de porter atteinte au droit garanti d'une autre personne, mais n'en déduit aucune directive devant gouverner l'usage du principe de proportionnalité ; *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 167.

proportionnalité classique devrait jouer. En troisième lieu, les auteurs relèvent l'existence de l'obligation positive de protéger, c'est-à-dire empêcher qu'un particulier subisse une atteinte à son droit en raison des agissements d'autres personnes privées. Ici, il conviendrait d'appliquer un principe de proportionnalité privatisé c'est-à-dire mettant en balance deux intérêts privés, sous réserve des deux objections suivantes. D'une part, si l'obligation positive a été reconnue à partir de la mise en œuvre du principe de proportionnalité inversé, la proportionnalité qui a joué en amont, ne peut jouer en aval. Cela reviendrait « *à étouffer dans l'œuf ce qui vient juste d'être admis* »[626]. D'autre part, lorsque l'obligation positive consiste à protéger la substance d'un droit, la proportionnalité doit être exclue. Il y aurait en effet une difficulté à admettre une pesée des intérêts en présence d'un noyau dur des droits de l'Homme, parce que ce dernier ne semble devoir souffrir aucune restriction. Enfin, en quatrième lieu, il existerait une obligation positive de réaliser, supposant la mise en place de moyens matériels significatifs. Cette obligation serait soumise au principe de proportionnalité inversé, puis une fois reconnue laisserait place au principe de proportionnalité privatisé.

183. Cette tentative de rationalisation du raisonnement européen mérite attention. Bien qu'elle repose sur une distinction des comportements étatiques à laquelle ne nous souscrivons pas, elle stigmatise toutes les difficultés de jugement des conflits privés par une Cour supranationale. Il est ainsi possible d'identifier trois problématiques. Les conditions d'application de la proportionnalité lorsqu'une obligation positive a été identifiée et selon le rôle actif ou passif de l'Etat. La prise en considération des intérêts privés lorsque l'affaire soumise à la Cour a pour origine un comportement individuel. Enfin, les conditions de préservation de la substance des droits. Aux deux dernières questions, il sera apporté une réponse dans les paragraphes suivants. Le présent développement servira à clarifier les rapports entre la proportionnalité et les obligations positives, ainsi qu'entre la proportionnalité et les attitudes actives ou passives de l'Etat.

184. Selon la formulation classique de la Cour européenne, « *pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte –souci sous-jacent à la Convention toute entière- le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* ». Pour cela, la Cour veille « *à interpréter l'étendue de l'obligation positive de*

[626] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 38.

manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »[627]. L'usage inversé du principe de proportionnalité est problématique[628]. Etant donné que l'intérêt de l'Etat est pris en compte avant de reconnaître ou d'exclure l'existence d'une obligation positive, se pose la question de savoir si cet intérêt doit être apprécié une seconde fois, afin de mesurer la proportionnalité de l'ingérence. Ainsi, le principe de proportionnalité qui a joué en amont, ne devrait plus jouer en aval[629].

185. Afin de mieux comprendre la jurisprudence européenne, il faut voir dans l'usage de la proportionnalité réservé aux obligations positives un autre effet. En l'occurrence, la proportionnalité sert à apprécier l'effet de la décision que rend la Cour sur l'Etat mis en cause. Elle s'explique par le principe de subsidiarité qui implique que le juge européen se justifie « *sur la raison d'être de sa ré-appréciation des circonstances litigieuses précédemment jugées par les juridictions internes* »[630]. En d'autres termes, cet usage de la proportionnalité permet à la Cour de s'expliquer sur les raisons de la solution qu'elle rend. Or, ce niveau d'application de la proportionnalité, toujours présent, n'est patent qu'en présence d'obligations positives. C'est pourquoi, lorsque la Cour européenne recherche un rapport raisonnable de proportionnalité, elle semble toujours dire : « *il est raisonnable ou proportionné (1) de considérer que la mesure étatique en cause est proportionnée (2) aux buts légitimes poursuivis* »[631]. Si l'on considère que la proportionnalité porte implicitement sur l'effet de la jurisprudence européenne, il est permis de penser que le recours aux

---

[627] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, req. n° 44306/98, § 40 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115, préc.

[628] Selon le professeur Marguénaud, « *l'objectif légitime que les obligations positives permettent d'atteindre n'est pas, comme d'habitude, l'intérêt général, mais la protection de l'individu. Dès lors, le rapport de proportionnalité ne sert plus à empêcher que les restrictions aux droits garantis par la Convention ne soient trop douloureuses mais à éviter que les extensions des droits de l'Homme ne deviennent trop lourdes pour l'Etat* ». Ainsi, le principe de proportionnalité joue contre l'individu puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif ; J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, pp. 54-55 ; *GACEDH*, p. 28, comm. F. Sudre.

[629] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 38.

[630] P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. Sudre, PUAM, 2005, n° 129, note infra-paginale n° 349.

[631] P. Muzny, *op. cit.*, n° 129, souligné par l'auteur.

obligations positives offre à la Cour l'opportunité de se prononcer explicitement sur l'effet d'une décision qui tendrait à accroître les engagements étatiques. En ce sens, il avait été démontré précédemment que le recours aux obligations positives servait essentiellement à délimiter l'engagement étatique ou à justifier la création d'un nouveau droit[632]. De même, l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni*[633] semble confirmer cette intuition. En l'espèce, la requérante se plaignait expressément d'une ingérence de l'Etat, et donc d'un manquement à son obligation négative, au motif que la législation britannique soumettait la possibilité d'une fécondation *in vitro* au consentement du donneur[634]. L'affaire était délicate, puisqu'il s'agissait de savoir si la vie privée, qui recouvre le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir[635], implique le droit de se faire implanter un embryon conçu à partir des gamètes d'un ancien partenaire alors que celui-ci revient sur l'engagement qu'il avait pris à cet égard. Reconnaître ce droit aurait emporté une obligation pour le Royaume-Uni. Cela explique sans doute qu'en dépit d'une ingérence alléguée par la requérante, la Cour « *juge quant à elle plus approprié d'examiner la question sous l'angle des obligations positives de l'Etat* »[636]. Etant donné que les principes applicables aux obligations négatives et positives sont similaires et que « *dans un cas comme dans l'autre, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* »[637], quel est l'intérêt de la Cour de se fonder sur les obligations positives, si ce n'est d'extérioriser la mesure et la proportionnalité de sa décision à l'égard de l'Etat ?[638].

---

632 V. *supra*, Titre I, Chapitre I, section 2.

633 Cour EDH, arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006, req. n° 6339/05 ; *RTD civ.* 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2006, I, 164, n° 7, obs. F. Sudre.

634 Le donneur, qui était l'ancien compagnon de la requérante, avait initialement donné son accord, avant que la rupture du couple ne le motive à le rétracter. La loi faisait de ce consentement une condition *sine qua non* à l'opération de fécondation.

635 § 57.

636 § 58. Comme cela arrive trop souvent en présence d'obligations positives, le raisonnement de la Cour est déconcertant : après avoir déclaré vouloir se placer sur le terrain des obligations positives elle ajoute au paragraphe suivant, qu' « *en tout état de cause, la Cour n'attache pas une importance décisive au choix d'examiner l'affaire sous l'angle des obligations positives plutôt que sous celui des obligations négatives auxquelles est tenu l'Etat* », § 59.

637 § 59.

638 L'interrogation est d'autant plus justifiée qu'en l'espèce la Cour ne s'est pas fondée sur les obligations positives pour affirmer que l'Etat doit adopter des mesures « *jusque dans les relations des individus entre eux* », alors que l'affaire avait des implications interpersonnelles évidentes.

186. La mise en évidence d'un « *dédoublement de la proportionnalité* »[639] permet ainsi de comprendre que ce principe, d'une part, vise le contrôle de la mesure étatique dont se plaint le requérant, d'autre part, est utilisé par la Cour afin de suivre une sorte d'auto-discipline[640]. Ainsi, quand la Cour apprécie la proportionnalité dans le cadre des obligations positives, elle n'apprécie pas la proportionnalité de l'abstention étatique mais bien celle de sa décision à l'égard des Etats[641]. C'est pourquoi, le choix entre obligations négatives et obligations positives apparaît être une question d'opportunité, ce que confirme l'artificielle distinction entre abstention et action, différenciation normalement fondatrice des différentes obligations.

187. Il ne semble pas en effet que le mécanisme de proportionnalité doive dépendre de l'attitude active ou passive de l'Etat. Non seulement, une telle théorisation du comportement étatique nuit à la compréhension du travail des juges européens, mais le fondement qu'elle trouve dans la jurisprudence strasbourgeoise est fragile. D'une part, l'angle d'analyse de l'affaire peut faire apparaître les agissements de l'Etat soit comme une ingérence soit comme une défaillance[642]. Même en présence d'une ingérence privée, il est toujours possible de reprocher à l'Etat, ou bien, une action, ou bien, une inaction. Ainsi, dans l'affaire *Hatton*[643], où les nuisances sonores dénoncées n'étaient causées ni par l'Etat, ni par ses émanations, la Cour relevé les deux perspectives d'analyse : on pouvait soutenir que le plan réglementant les vols de nuits à l'aéroport d'Heathrow était constitutif d'une ingérence directe de l'Etat, mais en même temps lui reprocher de ne pas avoir réglementé l'activité de l'industrie d'une manière conforme aux exigences de la Convention[644]. D'autre part, alors même que l'Etat s'est abstenu de prendre des mesures prétendument nécessaires, son attitude comporte toujours une part d'actions. La règle de l'épuisement des voies de recours internes suppose en effet qu'une juridiction nationale s'est prononcée avant la saisine du juge

---

[639] Petr Muzny, *op. cit.*, n° 128.

[640] *Ibid*.

[641] Petr Muzny, *op. cit.*, n° 129.

[642] Sur ce point, V. le paragraphe relatif aux obligations positives, *supra*, Titre I, Chapitre I.

[643] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97 ; *JCP* 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2003, p. 1928, obs. J.-F. Flauss.

[644] § 119.

européen. Or, il s'agit là d'une action de l'Etat. Une action n'ayant certes pas permis d'obtenir la protection souhaitée, mais une action tout de même. Que le requérant exprime un reproche à l'égard de l'Etat en termes d'activité ou de passivité, ce dont il se plaint, en définitive, c'est de l'effet produit par le comportement de l'Etat, d'une protection de ses droits qui lui paraît toujours insuffisante. En ce sens, dans l'affaire *Van Hannover*[645], la requérante ne se plaignait « *pas d'un acte de l'Etat, mais d'une absence de protection suffisante de sa vie privée et de sa propre image* »[646]. Les juridictions internes s'étaient pourtant prononcées en donnant raison aux magazines de presse, et de ce fait avaient activement validé l'ingérence litigieuse. Ainsi, l'action de l'Etat est souvent présente dans le conflit, mais elle n'intervient pas dans le sens voulu par le requérant ou par la Cour[647].

188. Dès lors, si le refus de la Cour de choisir si l'ingérence relève de l'action ou de l'inaction de l'Etat peut apparaître fâcheux[648], il est préférable d'y voir une logique bienvenue consistant à apprécier la conduite globale de l'Etat, toujours composée d'actions et d'abstentions dont les proportions diffèrent. Dans l'arrêt *Broniowki contre Pologne*[649], la Grande Chambre de la Cour a considéré que les faits de l'espèce pouvaient fort bien s'analyser comme traduisant une entrave à l'exercice effectif du droit de propriété ou comme dénotant un échec à permettre l'exercice de ce droit[650]. Jugeant inutile de déterminer précisément s'il faut envisager la cause sous l'angle des obligations positives de l'Etat ou sur

---

[645] Cour EDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* c. Allemagne du 24 juin 2004, req. n° 59320/00 ; *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[646] § 56.

[647] De même, les affaires d'atteintes à la vie et de non intervention des autorités policières révèlent la présence d'actions : investigations partielles, classement sans suite, décisions de justice rejetant les poursuites judiciaires engagées contre la police. Par exemple, Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. 23452/94, § 115, préc.

[648] *GACEDH*, p. 28, comm. F. Sudre.

[649] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. n° 31443/96 ; *RTDH* 2005, p. 203 obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI* 2005 p. 544, obs. P. Tavernier ; *RRJ* 2005, p. 914 note F. Lazaud ; *GACEDH*, n° 71, comm. J. Andriantsimbazovina.

[650] § 146. La Cour a également considéré que « *compte tenu de l'interaction entre les omissions reprochées à l'Etat et les actions connexes pouvant s'analyser en une " ingérence" dans l'exercice du droit patrimonial du requérant, il est difficile de les classer dans une seule et même catégorie précise. Ainsi qu'il ressort du cours des événements décrits ci-dessus, qui ont abouti à l'adoption de la loi de décembre 2003, les faits relevant de la "commission" et ceux relevant de "l'omission" sont étroitement mêlés* », § 145.

le terrain de l'obligation négative de celui-ci, elle a décidé d'examiner « *si la conduite de l'Etat polonais – que cette conduite puisse être caractérisée comme une ingérence ou comme une abstention d'agir, ou encore comme une combinaison des deux – se justifiait à la lumière des principes applicables exposés ci-dessous* »[651]. Enfin, il est permis de s'interroger sur la pertinence de la dichotomie si, comme le rappelle constamment la Cour, les principes applicables sont comparables[652].

189. C'est pourquoi, ni l'attitude active ou passive de l'Etat, ni la distinction entre les notions d'obligations positives et d'obligations négatives ne doivent interférer dans l'appréciation de la proportionnalité. Le comportement de l'Etat doit être apprécié globalement, au regard de l'effet qu'il produit sur les droits du requérant, à l'instar du raisonnement adopté par la Cour dans les deux arrêts de Grande Chambre *Hatton contre Royaume-Uni* et *Broniowski contre Pologne*[653]. En ce sens, Petr Muzny a démontré qu'en

---

[651] § 146.

[652] Selon la formulation désormais classique, « *la frontière entre obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation* », Par exemple, Cour EDH, arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 45644/99, § 62. De même, « *tant une atteinte au respect des biens qu'une abstention d'agir doivent ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* », Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, § 150, préc.
On peut d'ailleurs souligner que les opinions dissidentes jointes aux arrêts européens ne comportent jamais le souhait ou le regret de voir l'affaire jugée sous l'angle des obligations positives ou des obligations négatives. Les seules opinions faisant mention de cette distinction, sont émises pour déplorer les incohérences auxquelles elles peuvent aboutir. V. l'opinion concordante du Juge Wildhaber, aujourd'hui Président de la Cour, à la suite de l'arrêt *Stjerna contre Finlande* du 25 novembre 1994 (série A n° 299-B), selon laquelle cette décision, qui reprend la distinction des obligations positives et négatives « *réaffirme une jurisprudence constante mais néanmoins quelque peu incohérente* » ; V. l'opinion dissidente de M. le juge Martens, approuvée par M. le juge Russo, jointe à l'arrêt *Gül c. Suisse* du 16 février 1996, req. n° 23218/94 : le juge y stigmatise « *une incohérence systématique plutôt gênante* ». Cette incohérence se retrouve non seulement dans l'appréciation du comportement de l'Etat, mais aussi dans les termes employés par la Cour. En ce sens, V. Cour EDH, arrêt *Kutzner c. Allemagne* du 26 février 2002, req. n° 45644/99, où la Cour a reconnu l'existence d'une ingérence, puis celle d'une obligation positive avant de conclure que les raisons invoquées par les autorités n'étaient pas suffisantes pour justifier « *cette grave ingérence* » dans la famille des requérants, §§ 59, 61, 81. C'est pourquoi, même si en présence d'une atteinte d'origine privée dans le respect de la vie privée, la Cour décide de rechercher si « *l'ingérence est justifiée au regard de l'article 8 § 2* », il ne faut sans doute pas se formaliser ; Cour EDH, décision *Madsen c. Danemark* du 7 novembre 2002, req. n° 58341/00.

[653] Précités.

réalité « *la proportionnalité intervient dans le champ de l'effet produit* », par référence à l'effet du comportement souhaité[654].

190. S'agissant de l'effet horizontal, si un conflit entre deux personnes privées est porté devant la Cour européenne par l'une d'elles, les juges rechercheront les conséquences du comportement adopté par l'Etat dans cette affaire. Cependant, il est reproché à la Cour d'user du mécanisme de proportionnalité, construit en fonction des rapports verticaux entre l'Etat et l'individu, à des situations impliquant deux personnes privées. La partie opposée au requérant devant les juridictions internes est *in fine* défendue par l'Etat et se trouverait parée des vertus de l'intérêt général, et placée une position exorbitante de pouvoir limiter les droits fondamentaux de l'individu[655]. Cependant, « *il est évident que seuls des Etats peuvent être attraits comme défenseurs devant les organes strasbourgeois* »[656]. De même, les paragraphes deux des articles 8 à 11 mentionnent expressément la possibilité pour l'Etat de limiter l'exercice des droits conventionnels afin de protéger autrui[657]. L'intérêt de la personne qui a commis l'immixtion peut être tout à fait légitime et garantie par la Convention[658]. C'est pourquoi, la Cour va rechercher si cette protection se justifiait en identifiant le but légitime et en utilisant le principe de proportionnalité. Comme elle l'affirme, même en présence d'une obligation positive d'adopter des mesures jusque dans les relations des individus entre eux, les principes applicables sont similaires et il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Ainsi, lorsque la violation a une origine privée, et

---

[654] Petr Muzny, *op. cit.*, n° 125 et 138. L'auteur relève d'ailleurs que « *si la Cour mêle action et abstention, obligation positive et obligation négative, appréciées par le truchement de la proportionnalité, c'est qu'elles toutes forment les composantes d'une réalité unique, unicité qui se révèle en l'occurrence dans toute sa plénitude, d'où la difficulté de déterminer précisément les frontières de ce clivage* », n° 135.

[655] J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2004, p. 363. La Convention n'envisage effectivement que les ingérences d'une autorité publique mais elle ne prévoyait pas non plus une application horizontale des droits garantis.

[656] D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 42.

[657] V. à propos des restrictions apportées aux droits fondamentaux : E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental », *in Lamy droit du contrat*, sous la direction de B. Fagès, Etude 245, 2006, n° 245-17 : « *Malgré leur place culminante dans l'ordre juridique, les droits fondamentaux ne sont pas absolus et se prêtent à des aménagements qui en amoindrissent la portée* ».

[658] F. Rigaux, « La protection de la vie privée en Europe », *in* De Witte B. et Forder C. (dir.), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1992, pp. 185-213, spéc. p. 205.

que l'Etat n'y remédie pas ou la favorise, les conditions de légalité sont applicables[659]. En ce sens, il faut considérer que la mise en œuvre de la proportionnalité est « *conditionnée par la volonté de remédier à l'existence de la domination d'une partie, fût-elle de nature publique ou privée, sur l'autre en position d'infériorité, et ce, en fonction de l'intérêt général* »[660]. L'intervention de la proportionnalité permet de redresser la situation de domination, tout en considérant le rôle joué par l'Etat dans le conflit. L'arrêt *Fuentes Bobo contre Espagne*[661] en est un exemple. En l'espèce, le requérant était un employé de la télévision espagnole qui avait été licencié pour avoir tenu des propos désobligeants à l'égard de son employeur. Les faits témoignent d'un lien de subordination évident. Or, l'intervention de la Cour a permis de rétablir un équilibre, que n'avaient pas préservé les juridictions internes. Après avoir considéré que les décisions nationales étaient en harmonie avec le but légitime consistant à protéger la réputation des personnes visées par les déclarations du requérant, la Cour conclut à l'absence de proportion de la sanction. Par cette décision, elle stigmatise l'intervention incorrecte des juridictions espagnoles dans ce conflit privé puisqu'il existait « *d'autres sanctions disciplinaires moins lourdes et plus appropriées* »[662]. La conduite de l'Etat ne respectait pas les exigences de l'article 10 § 2 de la Convention. C'est pourquoi, dès lors que l'on considère les effets du comportement global de l'Etat sur les droits du requérant, il est tout à fait légitime de recourir aux conditions de restriction des droits que les rédacteurs avaient réservées aux rapports verticaux, à défaut de connaître de l'évolution horizontale que subirait la Convention.

191. La résolution d'un conflit horizontal indirect ne se limite cependant pas à un contrôle des engagements étatiques. En effet, l'objectif de la Cour est de préserver un

---

[659] En ce sens également, J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 177.

[660] P. Muzny, *op.cit*., n° 122 et n° 418. V. également, O. de Schutter : « *il faut approuver le raisonnement qui examine la proportionnalité d'une restriction apportée aux libertés d'expression et d'association de la personne postulant à un emploi, non pas au regard de l'identité de l'employeur – Etat ou particulier-, mais au regard de la situation de quasi-monopole dans laquelle l'employeur de trouve sur le marché du travail, défini par la compétence du candidat à l'embauche* », *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 344.

[661] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98 ; *D*. 2001, p. 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

[662] § 49.

équilibre entre les différentes garanties conventionnelles. Elle recherche donc si les droits de chacun sont préservés à l'aide du critère de proportionnalité. La recherche d'un équilibre des droits est spécifique s'agissant des conflits horizontaux, puisque les arguments soumis à la Cour proviennent d'une part du requérant et d'autre part de l'Etat. Néanmoins, en n'ignorant pas totalement l'intérêt du tiers absent, adversaire du requérant dans l'ordre juridique interne, la Cour tend à appliquer une proportionnalité privatisée.

SECTION II – LA PRIVATISATION IMPLICITE DE LA PROPORTIONNALITÉ

192. Une précision sémantique doit être apportée avant d'étudier l'application du principe de proportionnalité au conflit horizontal. La Cour européenne manque rarement de préciser, lorsqu'elle en appelle au « juste équilibre », qu'il s'agit là d'un « *souci sous-jacent à la Convention toute entière* »[663]. Selon la Cour, c'est précisément « *cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique"* »[664]. Au souci d'une interprétation effective de la Convention[665], répond donc celui d'une application équilibrée des droits garantis. L'exigence d'un équilibre des droits n'a pas été prescrite par les rédacteurs de la Convention et seule l'idée de

---

[663] Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 37 ; *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Rolland ; Cour EDH, arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160, § 42 ; *RTDH* 1990, p. 353, obs. P. Lambert ; Cour EDH, arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A n° 184, § 37 ; *JDI* 1990, p. 806, obs. P. Tavernier. De même, dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, ayant inauguré l'analyse désormais traditionnelle de l'article 1 du protocole n°1, la Cour a considéré qu'elle « *doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (…). Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1* », arrêt du 23 septembre 1982, série A n° 52, § 69 ; *GACEDH*, n° 64, comm. J.-P. Marguénaud.

[664] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2000, p. 542, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud.

[665] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 24 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre. Et, par exemple, Cour EDH, arrêt *Allenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995, série A, n° 308, § 35 ; *RTDH* 1995, p. 657, obs. D. Spielmann ; *D.* 1996, somm. 196, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 27, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 32, comm. A. Gouttenoire.

proportionnalité est présente[666]. Le juste équilibre des intérêts en présence doit pourtant être rapproché des expressions « balance » ou « pesée » des intérêts et, plus généralement et simplement, associé à la proportionnalité[667].

193. La Cour elle-même a précisé que la proportionnalité et le juste équilibre recouvrent la même idée. Ainsi a-t-elle pu affirmer, à propos d'une mesure privative de propriété, qu' « *il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » avant d'ajouter que « *l'arrêt Sporrong et Lönnroth a exprimé la même idée en des termes différents : il parle du "juste équilibre" à ménager entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs des droits fondamentaux de l'individu, équilibre rompu si la personne concernée a eu à subir une "charge spéciale et exorbitante"* »[668]. Une différence peut être relevée puisque la proportionnalité est « *l'expression d'un jugement sous forme unilatérale entre le moyen et sa fin* »[669], tandis que le juste équilibre est « *l'expression d'un jugement sous forme bilatérale entre des intérêts opposés* »[670]. Cependant, la recherche d'équilibre suppose que le juge s'appuie sur une norme de référence pour départager les intérêts, tandis que la proportionnalité implique la prise en compte de tous les intérêts, afin d'établir la proportion qui doit être attribuée à chacun. Dès lors, les deux formulations, tout en exprimant des jugements différents, s'équivalent et

---

666 J.-P. Costa, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p.101, spéc. p. 102.

667 M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., 1999, Economica, pp. 65-81, spéc. p. 72 ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, 2001, Bruxelles, Bruylant, n° 145 ; P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. Sudre, PUAM, 2005, n° 205 et s. ; Selon Aristote, « *le juste est, en quelque sorte, une proportion* », *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, 1959, Livre V, Chapitre V, 8 ; De même, les trois termes « *juste* », « *équilibre* » et « *proportion* » sont à rapprocher puisque « *la proportion est un milieu et le juste consiste dans cette proportion* », *Ibidem*, Livre V, Chapitre V, 12. Selon le doyen Carbonnier, le principe de proportionnalité « *est ramené à une exigence un peu vague d'équilibre raisonnable* » entre deux ou plusieurs intérêts, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 26ème éd. refondue, 1999, n° 53.

668 Cour EDH, arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A n° 98, § 50 ; *GACEDH*, n° 65, comm. J.-P. Marguénaud.

669 P. Muzny, *op. cit.*, n° 210.

670 *Ibid.*

poursuivent le même but[671]. Elles seront donc indifféremment employées dans la suite de cette étude.

194. L'application de la proportionnalité est effectuée en considération des allégations du requérant d'une part, et des justifications avancées par l'Etat d'autre part. Le cadre du jugement européen peut donc légitimement sembler biaisé en présence d'un conflit horizontal puisque le Gouvernement devient, indirectement, le défenseur de la personne privée initialement opposée au requérant. Cette situation, qui répond à des exigences de délimitation de compétence, fait l'objet de critiques relatives au risque de déséquilibre dans les moyens de défense présentés à la Cour[672]. Par ailleurs, on peut également craindre que ce tiers, en raison de son absence, ait toujours tort. En effet, l'Etat peut ne pas représenter adéquatement les intérêts de cette personne, ni vouloir s'opposer réellement aux arguments du requérant[673]. Ces remarques révèlent deux inquiétudes contradictoires : soit la Cour risque d'accorder trop de poids aux intérêts avancés par l'Etat, y compris ceux du tiers, soit elle risque de négliger les intérêts de ce dernier. Pourtant, si la jurisprudence européenne n'est pas à l'abri de tout reproche, elle manifeste fréquemment le souci de prendre en compte tous les intérêts privés en présence. Non seulement les juges prêtent, plus ou moins explicitement, attention aux droits d'autrui impliqués dans le litige, mais en procédant à la conciliation des intérêts ils établissent, directement ou indirectement, un équilibre entre les droits de deux personnes privées et se rapprochent en cela de l'effet horizontal direct. En ce sens, les arrêts

[671] Les différentes formulations employées par la Cour peuvent faire apparaître la proportionnalité comme la garantie d'un juste équilibre, ou à l'inverse le juste équilibre comme l'assurance de la proportionnalité. Cependant, il a été démontré que les deux raisonnements s'équivalent ; P. Muzny, *op. cit.*, n° 209. Par ailleurs, la logique de mise en balance ou de pesée des intérêts permet de relier la proportionnalité au juste équilibre. La Cour a effectué ce rapprochement dans une affaire concernant la sanction infligée à un avocat en raison de sa participation à une manifestation destinée à protester contre deux décisions judiciaires : « *la proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérées à l'article 11 § 2 avec ceux d'une libre expression par la parole, le geste ou même le silence, des opinions de personnes réunies dans la rue ou en d'autres lieux publics. La recherche d'un juste équilibre ne doit pas conduire à décourager les avocats, par peur de sanctions disciplinaires, de faire état de leurs convictions en pareille circonstance* », Cour EDH, arrêt *Ezelin c. France* du 26 avril 1991, série A n° 202, § 52 ; *GACEDH*, n° 59, comm. J. Andriantsimbazovina.

[672] La personne privée initialement opposée au requérant bénéficiant indirectement des motifs d'intérêt général avancés par l'Etat ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *D.* 2005, p. 37.

[673] O. de Schutter a ainsi relevé que l'Etat peut trouver dans la condamnation l'occasion de modifier une législation ou une pratique « *qu'il souhaite voir changée, mais qui dispose d'un soutien majoritaire dans l'opinion publique* » ou qui est « *l'œuvre d'un gouvernement l'ayant précédé, dont il ne partage pas la politique sur la question débattue* » ; *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 354.

de la Cour témoignent d'une tendance à la privatisation de la proportionnalité tant au regard de l'identification des intérêts en présence (§ I), qu'au regard de la conciliation des intérêts (§ II).

§ I – L'IDENTIFICATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

195. Les intérêts sont « *les justifications qui absolvent l'auteur d'une mesure qui de prime abord s'ingère dans les intérêts de la partie opposée* »[674]. Devant l'une des sections, ou la Grande Chambre, les deux parties vont présenter les intérêts qu'elles ont cru devoir protéger ou qu'elles estiment lésés. S'agissant du requérant, il est inutile de s'y attarder. Conformément à l'article 25 de la Convention, il plaidera qu'il a subi une violation de l'un des droits garantis par la Convention ou ses protocoles[675], qui ne se justifiait pas. Eventuellement, à la défense d'un droit précis, il ajoutera des considérations d'intérêt général. S'agissant de l'Etat, il est fort probable qu'il avance des arguments d'intérêt général. Il serait vain de chercher à le lui reprocher, puisqu'il remplit sa mission[676]. Plus assurément, il plaidera qu'il a voulu défendre les droits et libertés d'autrui. L'ensemble des justifications présentées par l'Etat nécessite un examen puisqu'il endosse à Strasbourg le rôle d'avocat forcé et indirect du tiers adversaire originel du requérant. A l'inverse, il convient de vérifier si les intérêts de ce tiers ne sont pas mésestimés puisqu'il ne peut s'expliquer lui-même sur l'origine du litige. En effet, il peut avoir enfreint les droits du requérant pour de légitimes motifs ou il peut avoir été victime d'une ingérence provenant du requérant, ce qui a entraîné une condamnation de ce dernier par les autorités internes. Aussi est-il nécessaire d'établir comment ces intérêts sont examinés par la Cour, alors même qu'ils sont souvent absents des motifs des arrêts européens. Par conséquent, parmi les intérêts identifiés par les juges il faut distinguer ceux qui sont présentés par l'Etat (A) et ceux qui sont éclipsés par la Cour (B).

---

[674] Petr Muzny, *op. cit.*, n° 113.

[675] Sur la notion de victime, V. *infra*.

[676] En ce sens, l'Etat est « *l'entité dépositaire par excellence de la démocratie* », J. Andrianstsimbazovina, « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 57-78, spéc. p. 71.

A/ LES INTERÊTS DÉFENDUS PAR L'ÉTAT

196. L'intérêt de l'Etat est de démontrer que les droits du requérant ont été correctement protégés au regard des exigences conventionnelles ou que l'ingérence alléguée se justifiait. Il va se défendre en invoquant des arguments d'intérêt général qui indirectement serviront la cause de la personne privée à l'origine de l'ingérence supposée. Cet état de fait est reproché à la Cour. Pourtant la critique n'est pas méritée, ou tout au moins doit se situer ailleurs[677]. D'une part, elle contribue à préjuger de l'affaire : il se peut que les intérêts défendus par l'Etat, privés ou général, soient tout à fait légitimes et seul leur examen peut le confirmer ou l'infirmer. D'autre part, il convient de garder à l'esprit qu'un intérêt privé correspond souvent à l'intérêt général et que ce dernier recouvre généralement des intérêts privés. En outre, l'Etat va probablement arguer de la défense des droits et libertés d'autrui. La généralité de cette expression réclame une explicitation. Il est en effet nécessaire de connaître les intérêts qui peuvent autoriser une limitation des droits de l'Homme. Les arguments présentés par l'Etat doivent donc être étudiés en considération de l'inévitable interférence des intérêts privés et de l'intérêt général (1) et de la possibilité qui lui est réservée de défendre les droits et libertés d'autrui (2).

1/ L'inévitable interférence des intérêts privés et de l'intérêt général

197. Selon les termes de la Cour, le juste équilibre doit être recherché « *entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'individu* »[678]. Or, cette opposition binaire ne correspond ni à la pratique européenne, ni à la réalité[679]. En effet, la concurrence d'intérêts ne peut être représentée par une confrontation stricte entre un intérêt privé et l'intérêt général. Les arguments du requérant sont souvent porteurs d'intérêt général, tandis que ceux de l'Etat peuvent inclure la défense d'intérêts

[677] Nous le verrons, la critique qui peut être adressée à la Cour se situe au niveau de la prise en compte des intérêts du tiers, V. *infra*.

[678] Cour EDH, arrêt *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* du 23 juillet 1968, série A n° 6, § 5 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre. A la suite de l'affirmation citée, la Cour avait ajouté « *tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* » ; cette formule ne semble pas avoir été reprise par la suite.

[679] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 331 et s. ; P. Muzny, *op. cit.*, n° 420 et s.

privés. De même, le contentieux peut être circonscrit à une confrontation entre deux intérêts privés[680], ou encore entre plusieurs aspects de l'intérêt général. De nombreux arrêts témoignent de cette variété de juxtaposition d'arguments. Une présentation du mélange d'intérêts opéré par la Cour permettra de désamorcer la critique consistant à reprocher à l'Etat d'arguer de l'intérêt général alors que le conflit a une origine privée.

198. En premier lieu, il convient de relever que l'intérêt individuel est souvent porteur d'intérêt général. L'exemple de la liberté de la presse suffit à s'en convaincre. Le journaliste devient, devant la Cour, le défenseur de la liberté de la presse et du droit du public de s'informer, et par-delà endosse le rôle de « *chien de garde* » de la société démocratique[681]. Ainsi, parmi de nombreux exemples, dans une affaire où les requérants avaient été condamnés en raison de la parution d'une caricature, les juges ont affirmé que « *pour se prononcer en l'espèce, la Cour doit tenir compte d'un élément particulièrement important : le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique* »[682]. En cette matière, l'intérêt général est toujours couplé à l'intérêt du requérant, dès lors que ce dernier est journaliste[683]. Maîtrisant bien la jurisprudence européenne, les défenseurs des requérants arguent fréquemment du débat d'intérêt général provoqué par leur client. Il en était ainsi dans l'affaire *Fuentes Bobo*[684] examinée précédemment. De même, celui qui a été condamné pour diffamation en raison de la publication d'un ouvrage portant atteinte à la réputation d'une association luttant contre les sectes, plaidera que son livre visait à alimenter contradictoirement un débat public[685]. En matière de liberté d'expression, l'Etat, défenseur de l'intérêt général, se voit lui-même fréquemment opposer l'intérêt général.

---

680 V. *infra*.

681 Cour EDH, arrêt *Thorgeir Thorgeison c. Islande* du 25 juin 1992, série A n° 239, § 63 ; *JCP* 1993, I, 3654, n° 25, obs. F. Sudre.

682 Cour EDH, arrêt *Cumpana et Mazare c. Roumanie* du 10 juin 2003, req. n° 33348/96, § 47.

683 *GACEDH*, p. 544 et s., comm. M. Levinet.

684 Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98 ; *D*. 2001, p. 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

685 Cour EDH, arrêt *Paturel c. France* du 22 décembre 2005, req. n° 54968/00, § 21.

199. Un autre exemple en ce sens peut-être tiré de l'arrêt *Z contre Finlande* du 25 février 1997[686]. La requérante avait souffert de la divulgation de données médicales confidentielles la concernant et alléguait une violation de l'article 8 de la Convention. Or, la Cour, tout en envisageant l'atteinte à la vie privée subie par la requérante, prit en considération les effets généraux de la divulgation du secret médical dans le cadre d'une procédure pénale, de telles révélations pouvant altérer la confiance du public dans le corps médical et les efforts déployés par la collectivité pour endiguer l'épidémie de sida : « *faute d'une telle protection, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir les informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité* »[687] . Aussi, la Cour considère que « *l'intérêt qu'il y a à protéger la confidentialité de telles informations pèsera donc lourdement dans la balance lorsqu'il s'agira de déterminer si l'ingérence était proportionnée au but légitime poursuivi, sachant qu'une telle ingérence ne peut se concilier avec l'article 8 de la Convention que si elle vise à défendre un aspect primordial de l'intérêt public* »[688]. Là encore l'intérêt sensément privé du requérant, correspond en fait à l'intérêt de la collectivité.

200. A l'inverse, l'intérêt de l'Etat, supposé correspondre à l'intérêt général, peut être porteur d'intérêt individuel. L'affaire *Goodwin contre Royaume-Uni*[689] démontre que les arguments étatiques peuvent être beaucoup plus restreints qu'il n'y paraît. L'affaire avait opposé devant les juridictions internes un journaliste à une société (Tetra), le premier étant en possession de renseignements confidentiels appartenant à la seconde. Or, la société ne souhaitait pas que ces documents volés soient diffusés afin de ne décourager ni les créanciers

---

[686] Cour EDH, arrêt *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, req. n° 22009/93.

[687] § 95. La Cour a ajouté que « *ces considérations valent particulièrement lorsqu'il s'agit de protéger la confidentialité des informations relatives à la séropositivité. En effet, la divulgation de tels enseignements peut avoir des conséquences dévastatrices sur la vie privée et familiale de la personne concernée et sur sa situation sociale et professionnelle, l'exposant à l'opprobre et à un risque d'exclusion. Certaines personnes peuvent de la sorte se laisser dissuader de se soumettre à un diagnostic ou à un traitement, sapant ainsi les efforts prophylactiques déployés par la collectivité pour contenir la pandémie* », § 96.

[688] § 96.

[689] Cour EDH, arrêt *Goddwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, req. n°17488/90 ; *RTD civ.* 1996, p. 1026, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDH* 1996, p. 433, obs. P. de Fontbressin.

ni les clients ni les investisseurs. Elle obtint des juridictions britanniques une injonction interdisant la publication des informations possédées par Goodwin, ainsi qu'une ordonnance sommant ce journaliste de révéler ses sources. Cette dernière injonction ne fut pas respectée par Goodwin, qui fut de ce fait condamné à une forte amende. Cet arrêt témoigne de l'interférence des intérêts. Le raisonnement de la Cour semble faire des arguments de l'Etat la défense d'intérêts particuliers et des intérêts du requérant la défense de l'intérêt général. Le Gouvernement se défendait en arguant des intérêts de la société. Selon lui, une publication des renseignements confidentiels aurait causé aux plaignants un préjudice commercial important et les mesures prises par les juges internes étaient le seul moyen de protéger la confiance dans la santé de la société, alors en grande difficulté financière et composée de quatre cents salariés. Face à ces arguments, la Cour oppose la protection des sources journalistiques, l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, et le risque, en l'absence de protection, de dissuader ces sources d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conclusion, la Cour juge que « *les intérêts de Tetra sont insuffisants, même cumulés, pour l'emporter sur l'intérêt public capital que constitue la protection de la source du journaliste requérant* »[690].

201. Les rôles étaient également inversés dans l'affaire *Chauvy et autres contre France*[691]. En l'espèce, le requérant avait publié un ouvrage remettant en cause le rôle des époux Aubrac durant la Résistance française à l'occupation. Une procédure engagée par ces derniers s'était conclue par une condamnation pour diffamation. Devant les juges strasbourgeois, le requérant endosse la défense de l'intérêt général tandis que l'Etat représente un intérêt individuel. Ainsi, la Cour dit devoir « *mettre en balance, d'une part, l'intérêt public s'attachant à la connaissance des circonstances dans lesquelles fût arrêté par les nazis, le 21 juin 1943, Jean Moulin, principal chef de la Résistance intérieure en France, d'autre part, l'impératif de la protection de la réputation des époux Abrac, eux-mêmes membres importants de la Résistance* »[692].

---

[690] § 45.

[691] Cour EDH, arrêt *Chauvy et autres* c. France du 29 juin 2004, req. n° 64915/01.

[692] § 69. Le schéma était identique dans l'affaire *Fuentes Bobo* : les intérêts opposés par la Cour visaient d'une part l'offense subie par l'employeur, d'autre par le droit à la liberté d'expression de M. Fuentes Bobo et la question d'intérêt général que ses propos soulevaient ; Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98 ; *D.* 2001, p. 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

202. A cette recension non exhaustive d'arrêts, mêlant ou inversant le rôle normalement dévolu à chaque partie, il faut ajouter qu'il est difficile de ne pas voir dans la défense des « *droits fondamentaux de l'individu* » un bénéfice pour « *l'intérêt général* » et, inversement, de ne pas constater que « *l'intérêt général* » concourre à la protection des « *droits fondamentaux de l'individu* »[693]. Les juges européens en conviennent aussi[694]. La personne qui se prévaut de la protection de la vie privée face à la liberté d'expression est, elle aussi, « *porteuse d'une parcelle d'intérêt général, à savoir l'intangibilité de la dignité humaine* »[695]. En ce sens, on peut citer les propos de François Rigaux : « *la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt particulier est élusive. Aucun organe de l'Etat et, à plus forte raison, aucune organisation privée n'incarnent à eux seuls l'intérêt général. Inversement, la protection due aux intérêts particuliers est, elle-même, une exigence de l'intérêt général* »[696].

203. L'interférence des intérêts individuels et de l'intérêt général est inéluctable, que les arguments soient présentés par l'Etat ou qu'ils le soient par le requérant. Les affaires horizontales ne peuvent échapper à cette évidence. Toute la difficulté réside dans une identification cohérente et juste des divers intérêts, qu'ils soient privés ou général, afin d'éviter l'établissement d'un « juste équilibre biaisé ». Si l'un des deux intérêts privés épouse l'intérêt général, la Cour doit s'assurer que des considérations d'ordre général ne

---

[693] S. Van Drooghenbroeck observe que la formule opposant ces sortes d'intérêts « *est résolument trop étroite* » pour rendre compte de la pratique européenne, *op. cit.*, n° 334 ; P. Muzny considère que ce clivage est un « *mythe* », contribuant à opposer à l'individu à la société, en oubliant « *cette vérité basique que l'un ne va pas sans l'autre* », *op. cit.*, n° 420. En ce sens, également les propos de P. Moor : « *L'intérêt public est une notion complètement éclatée, dispersée. Il s'est fragmenté en une multiplicité d'intérêts spécifiques. Il a perdu sa généralité. On ne peut plus parler de lui au singulier, on ne peut plus dire par exemple, qu'il est l'intérêt de la collectivité, même si on ajoute qu'il suffit que cela soit d'une partie seulement de la population. Car chaque intérêt public est aussi celui d'un groupe, et on ne se passera plus de rechercher de quel groupe telle finalité est, sous un angle ou sous un autre, représentative. Les intérêts publics sont plus ou moins particuliers : et, dans ce sens, pourquoi ne pas admettre qu'il y a une privatisation de l'intérêt public, qui rend d'autant plus problématique la quête de la légitimité qui est censée justifier les sacrifices qu'il exige ?* », *Droit administratif, I : Les fondements généraux,* 2ème éd., Berne, éd Staempfli+Cie S.A., 1994, p. 403.

[694] « *Le conflit qui oppose les intérêts individuels dans la présente affaire est plus vif que celui qui s'élève entre les intérêts privés et les intérêts publics, même si les uns et les autres sont étroitement liés* », Opinion dissidente commune à M. Traja et Mme Mijovic, juges, jointe à l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 4 mars 2006, req. n° 6339/05 ; *RTD civ*. 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP 2006, I, 164, n° 7, obs. F. Sudre.

[695] F. Rigaux, « La protection de la vie privée en Europe », *in Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, *op. cit.*, p. 193.

[696] *Ibid.*

correspondent pas à l’autre intérêt privé. Aussi, dès lors qu’elle souhaite élargir son champ de réflexion au-delà de la situation dont elle est saisie, elle doit veiller à examiner l’intérêt général sous ses divers aspects. A défaut, l’un des deux particuliers risque de se sentir « floué »[697]. Néanmoins, l’intérêt général n’apparaît pas toujours sur le devant de la scène et les juges européens peuvent circonscrire le litige à la confrontation de deux intérêts privés, à l’instar du juge interne[698]. L’intérêt de l’adversaire privé du requérant est alors défendu par l’Etat, au titre de la protection des « droits et libertés d’autrui ».

2/ La défense des droits et libertés d’autrui

204. Afin de défendre la position qu’il a adoptée dans le conflit, l’Etat avance des justifications correspondant à la nécessité de protéger divers intérêts. S’agissant d’un conflit horizontal, l’Etat invoquera régulièrement la défense des droits d’autrui, c'est-à-dire les intérêts de l’adversaire du requérant devant les juridictions nationales. La Convention le lui permet. Les restrictions admissibles aux 8, 9, 10 et 11 de la Convention[699] sont expressément inscrites dans le paragraphe second de ces dispositions : ces différents droits peuvent être limités pour des raisons qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui. Il convient de s’interroger sur la signification de cette dernière expression laconique. Faut-il entendre par « *droits d’autrui* », les seuls droits conventionnels ou également tout autre droit protégé par le droit interne ? Si la défense de n’importe quel droit peut être considérée comme légitime, il en résultera qu’un individu peut subir une atteinte à l’un de ses droits conventionnels en raison d’un intérêt non visé par la Convention, alors même que l’ingérence serait commise par une personne privée. Les particuliers seraient donc dans une position exorbitante de pourvoir limiter les droits de

[697] J.-P. Marguénaud, obs. sous Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, req. n° 42326/98, *RTD civ.* 2003, p. 375 et s., spéc. p. 378.

[698] V. *infra*.

[699] De même, les articles 2 § 3 du Protocole n° 4, relatif à la liberté de circulation, prévoit la possibilité de limiter le droit garanti.

l'Homme des autres particuliers[700]. Seule la jurisprudence européenne peut apporter une réponse autorisée à cette question.

205. L'arrêt *Chassagnou et autres contre France* du 29 avril 1999[701] comporte les précisions nécessaires à notre propos[702]. L'affaire a donné lieu à l'examen de la loi française, dite loi « Verdeille »[703], prévoyant la création des associations communales de chasse agréées (ACCA) et des associations intercommunales de chasse agréées (AICA). Selon cette législation, les propriétaires de terrains d'une superficie inférieure à un certain seuil, variable selon les départements, étaient tenus de devenir membres de l'ACCA constituée dans leur commune et de lui faire apport de leur fonds pour ainsi créer un territoire de chasse à l'échelle communale. Les requérants, propriétaires affiliés « d'office » aux dites associations, se plaignaient d'une méconnaissance de leurs droits à la liberté de conscience et d'association ainsi que de leur droit au respect de leurs biens, respectivement garantis par les articles 9 et 11 de la Convention et 1er du protocole n° 1. Au surplus, ils invoquaient une discrimination fondée sur la fortune, contraire aux trois dispositions précitées combinées avec l'article 14 de la Convention. Sur le fondement de l'article 11, la Cour a énoncé le principe suivant : « *en l'espèce, le seul but invoqué par le Gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la "protection des droits et libertés d'autrui". Si ces "droits et libertés" figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les Etats à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique"* »[704]. La Cour confirme ainsi que les limitations des droits conventionnels, même par une personne privée, sont admises si elles résultent de l'exercice d'un autre droit

[700] Selon l'expression employée par J.-P. Marguénaud, *loc. cit.*

[701] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2000, p. 542, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud.

[702] L'affaire a les caractéristiques d'un conflit horizontal même si, comme le note la Cour, « *la question de la nature privée ou publique des ACCA est loin d'être tranchée* » (§ 99), les requérant s'opposaient à ce que des tiers pénètrent sur leur terrain afin d'y pratiquer la chasse.

[703] n° 64-696 du 10 juillet 1964.

[704] § 113.

conventionnellement garanti. En effet, la mise en œuvre des droits entraîne inéluctablement des conflits et nécessite de ce fait une conciliation[705], que la Cour requiert des autorités nationales.

206. Reste à savoir si les intérêts défendus par l'Etat peuvent ne pas trouver de fondement dans la Convention. En d'autres termes, l'expression « *protection des droits et libertés d'autrui* », inclut-elle également les droits protégés par le droit interne mais non visés par le texte européen ? La réponse est encore donnée par l'arrêt *Chassagnou* : « *il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des "droits ou libertés" qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti* »[706]. Il s'ensuit que des restrictions apportées à un droit conventionnel peuvent être tout à fait justifiées par la protection d'un droit qui n'y figure pas. La seule réserve est que dans cette hypothèse le contrôle de la Cour sera, semble-t-il, plus rigoureux, les droits européens de l'Homme bénéficiant d'un *a priori* favorable lors de la mise en balance des normes. Les arrêts *Van Kück contre Allemagne*[707] et *Pla et Puncernau contre Andorre*[708] le confirment, puisqu'ils ont accordé une préférence aux prescriptions conventionnelles alors que les restrictions litigieuses trouvaient leur source dans un acte juridique. Quoi qu'il en soit, alors même que le droit protégé par le droit interne ne l'est pas par la Convention, la cause est toujours défendable.

207. L'explication de cette position a été avancée par F. Rigaux : « *bien qu'elle appartienne au texte même de la Convention, la notion de protection des droits d'autrui, n'est*

---

[705] V. les développements relatifs à l'ordre public européen, *infra*.

[706] § 113 ; Le tribunal administratif de Bordeaux avait d'ailleurs relevé que le droit ou la liberté de chasse « *ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association* ».

[707] Cour EDH, arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97 ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

[708] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

pas, en elle-même, une notion de droit européen. Son élucidation implique une forme de renvoi aux normes et concepts de droit interne. C'est au droit étatique qu'il appartient de déterminer la nature et l'étendue des droits individuels dont la protection requiert une immixtion dans l'exercice de la liberté d'expression »[709]. Faut-il pour autant considérer que tous les buts avancés par l'Etat peuvent être considérés comme légitimes ? Aucune réponse ne peut être donnée de manière péremptoire, tant le but légitime dépend des effets qu'il produit sur le requérant. Un intérêt légitime ne peut être caractérisé comme tel qu'en raison d'une approche concrète de l'affaire[710]. C'est parce qu'un intérêt présenté de manière abstraite peut toujours paraître valable ou respectable[711], que la Cour préfère se fonder sur une interprétation contextuelle de l'intérêt[712]. L'examen des faits lui permet d'éprouver la légitimité apparente de l'intérêt. C'est pourquoi, selon le raisonnement adopté par la Cour, le but est toujours légitime[713] sous réserve d'un contrôle de la règle de la proportionnalité[714]. Si les arrêts européens comportent un paragraphe mentionnant cette étape de leur réflexion, il s'agirait plutôt d'un leurre destiné à ménager la susceptibilité de l'Etat avant l'application d'un principe de proportionnalité qui lui sera peut-être défavorable[715].

---

[709] F. Rigaux, « La protection de la vie privée en Europe », *in Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, pp. 185-213, spéc. p. 205.

[710] « *Seule une approche concrète permet d'illustrer la mise en œuvre d'un intérêt légitime à attenter aux droits fondamentaux* ». J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 210.

[711] E. Garaud, La violation d'un droit fondamental, *op. cit.*, n° 249-17.

[712] « *Parce que n'importe quelle intention subjective est à même de fonder l'action de celui-ci, la Cour EDH préfère, à juste titre, dépasser le stade de l'abstrait et de l'apparence, afin de se focaliser sur l'impact réel d'une telle décision par référence aux effets qu'elle emporte* », P. Muzny, *op. cit.*, n° 340.

[713] Sur l'inutilité de cette étape du raisonnement européen et l'absence, en quarante ans de jurisprudence européenne, de reconnaissance d'un but illégitime, V. E. Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 69 et s. ; P. Muzny, *op. cit.*, n° 336 et s.

[714] M.-A. Eissen, Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, préc., pp. 65-81, spéc. p. 66.

[715] E. Kastanas, *op. cit.*, p. 87 ; P. Muzny, *op. cit.*, n° 337.

208. L'affaire *Barthold contre Allemagne*[716] peut étayer notre propos. Les juridictions internes avaient condamné le requérant pour avoir publié un article constituant une publicité pour son activité, et de ce fait constitutive d'une concurrence déloyale. Le droit protégé par les juridictions après une plainte des confrères du requérant n'était nullement inscrit dans la Convention. Voici le bref développement que la Cour effectue pour savoir si le but poursuivi était légitime : « *la Cour constate qu'aux termes de l'arrêt du 24 janvier 1980 il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'empêcher le requérant de s'assurer un avantage commercial sur des confrères observant, eux, la règle déontologique qui oblige les vétérinaires à s'abstenir de publicité. La cour d'appel hanséatique a fondé sa décision sur la protection des "droits d'autrui" et il n'existe aucune raison de penser qu'elle ait poursuivi d'autres objectifs, étrangers à la Convention. L'arrêt du 24 janvier 1980 tendait ainsi à un but légitime par lui-même - c'est-à-dire sous réserve de la "nécessité" de la mesure litigieuse - au regard de l'article 10 par. 2 de la Convention ; il n'y a pas lieu de rechercher s'il pouvait, sous l'angle de cette disposition, se justifier par des motifs supplémentaires* »[717]. Non seulement, la Cour n'exclut pas la légitimité du but poursuivi alors même qu'il ne correspond à aucun droit conventionnel, mais il apparaît bien que ce but ne peut être légitime que s'il est nécessaire[718]. Déjà, dans l'arrêt *Young, James et Webster*[719], la Cour avouait partir de l'hypothèse que l'ingérence tendait notamment à « *la protection des droits et libertés d'autrui* ». Des arguments présentant les avantages procurés par le système de *closed shop* lui avaient été soumis par le Gouvernement, mais la Cour a refusé de les examiner, préférant contrôler la nécessité de l'ingérence[720].

209. En conclusion, il apparaît que n'importe quel droit peut être avancé par l'Etat au soutien de sa thèse. Il peut valablement plaider la cause de l'opposant au requérant, même si celle-ci est fondée sur un droit non inscrit dans la Convention. L'intérêt qu'il défend sera

[716] Cour EDH, arrêt *Barthold c. R.F.A.* du 25 mars 1985, série A n° 90.

[717] § 51.

[718] En l'espèce, les juges strasbourgeois ont conclu que l'ingérence incriminée n'était pas proportionnée au but légitime, ni partant, nécessaire dans une société démocratique, § 59.

[719] Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44 ; *CDE* 1982, p. 226, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, chron. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, chron. P. Rolland.

[720] §§ 60-62.

considéré comme légitime au terme de la recherche du juste équilibre. Par ailleurs, doit-on regretter que l'Etat devienne l'arbitre de deux intérêts privés en défendant les droits et libertés d'autrui face à ceux du requérant, et en devenant, devant le juge européen, l'avocat forcé et indirect de l'adversaire privé du requérant ? Le fait qu'il prenne fait et cause pour ce dernier ne peut lui être reproché. Non seulement, il est compréhensible que l'Etat soutienne la position adoptée par les autorités nationales avant la saisine de la Cour, mais les intérêts qu'il défend peuvent être légitimes. En outre, la Cour elle-même lui demande d'arbitrer les intérêts privés en conflit. L'Etat s'expliquera donc sur la façon dont il a concilié les deux intérêts et si cette solution n'est pas justifiée, les juges européens ne manqueront pas de le lui faire savoir. A l'inverse, on peut déplorer une insuffisante considération des droits du tiers. Absent de la procédure européenne, ses intérêts sont-ils pour autant négligés ?

B/ LES INTÉRÊTS ÉCLIPSÉS PAR LA COUR

210. Devant la Cour, faut-il le répéter, le requérant est opposé à l'Etat, qui s'est substitué à son adversaire privé. Or, les intérêts de ce tiers absent peuvent en conséquence être mésestimés et biaiser le juste équilibre recherché. Plusieurs arrêts européens révèlent une telle distorsion. D'autres, en revanche, n'encourent aucun reproche à cet égard. En tentant de comprendre les raisons de cette disparité de jugement, il apparaît que l'élan critique qu'elle suscite peut être mérité mais doit être un peu réfréné. En effet, si les intérêts du tiers sont éclipsés de l'arrêt, cela ne signifie pas pour autant qu'ils n'ont pas été examinés par la Cour.

211. La résolution des conflits relatifs à la liberté d'expression concentre de nombreuses critiques portant essentiellement sur les conditions de garantie d'un juste équilibre entre les droits. Généralement, le requérant se plaint d'une ingérence des autorités publiques dans son droit à la liberté d'expression en raison d'une condamnation pour diffamation, pour atteinte à la réputation ou à l'honneur d'autrui ou encore pour atteinte au droit à la présomption d'innocence. La requête vise directement le comportement des autorités étatiques mais à l'origine de la condamnation par les juges nationaux se trouve également un particulier qui, se prétendant victime, a intenté une procédure devant les juridictions internes. Cependant, ce dernier est absent de la procédure européenne, ce qui peut empêcher la Cour de rendre des sentences équilibrées en prenant en compte les circonstances concrètes de chaque

affaire[721]. En effet, le litige dont la Cour est saisie oppose l'Etat, par définition suspect, aux défenseurs de la liberté de la presse[722]. Or, la Cour a parfois tendance à négliger la « victime » ou le plaignant dans l'ordre juridique national, alors même qu'elle aurait subi une atteinte à un droit fondamental. Aussi, lorsque le requérant a été condamné par les juridictions internes pour avoir tenu ou diffusé des propos racistes, la Cour a, dans certains arrêts vivement critiqués, délaissé le droit à ne pas être discriminé racialement. En ce sens, l'arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994[723] retient une violation de l'article 10 en raison de la condamnation d'un journaliste pour complicité dans la diffusion de propos racistes tenus par des extrémistes à l'encontre des immigrés et des minorités noires. La Cour a conclu que la condamnation du requérant était disproportionnée au but visé, à savoir « *la protection de la réputation ou des droits d'autrui* »[724]. La liberté du journaliste a eu manifestement plus de poids que la protection de ceux ayant à souffrir de la haine raciale, personnes frappées dans leur dignité[725]. En effet, cet arrêt faisant primer le droit à la liberté d'expression des requérants néglige un autre droit conventionnel, celui à la non-discrimination raciale. L'enjeu évident de l'affaire aurait dû appeler la Cour à mettre scrupuleusement en balance ces deux droits[726]. L'arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998[727] a soulevé des protestations

[721] G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », *in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 517-543, spéc. p. 535.

[722] J. Morange, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1247-1263, spéc. p. 1257.

[723] Cour EDH, Gde Ch., Arrêt du 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, série A n° 298 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 36, obs. F. Sudre ; *RUDH* 1995, p. 1, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RUDH* 1955, p. 113, obs. M. Levinet ; *GACEDH*, n° 56, comm. M. Levinet. Après la diffusion de l'entretien télévisé, l'évêque d'Alsborg a adressé une plainte au Ministère de la justice et, après instruction, le procureur général engagea une procédure.

[724] § 37. Le constat de violation de l'article 10 a été adopté avec 12 voix contre 7.

[725] Opinion dissidente commune à MM. les juges Ryssadl, Bernhardt, Spielmann et Loizou ; V. également l'opinion dissidente commune à MM. les juges Gölcülklü, Russo et Valticos et l'opinion dissidente complémentaire commune à MM. les juges Gölcülklü et Valticos.

[726] Une autre solution consiste à ne pas concilier le droit à la liberté d'expression avec le droit à la protection contre le racisme, mais à déchoir celui qui tient des propos racistes du droit d'invoquer la liberté d'expression ; G. Cohen-Jonathan, *op. cit.* ; R. De Gouttes, « A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 251, spéc. p. 254.

[727] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Lehideux et Irsoni c. France* du 23 septembre 1998, req. n° 24662/94 ; *RTDH* 1999, p. 366, obs. G. Cohen-Jonathan.

similaires, puisqu'il favorise le droit à la liberté d'expression face aux exigences de la lutte contre l'apologie de la collaboration du régime de Vichy[728].

212. L'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*[729], adopté par onze voix contre sept, a également été critiqué tant au sein de la juridiction européenne que par la doctrine. La cour y fait prévaloir un principe général de non divulgation des sources journalistiques sur les intérêts de la société directement affectée par le comportement du journaliste requérant[730]. Or, deux arguments manquent à ce débat. D'une part, l'intérêt de la justice a été négligé puisque la société n'a pu se prévaloir des recours dont les tribunaux l'avaient autorisé à faire usage[731]. D'autre part, la Cour n'a pas cherché à savoir si le journaliste tenait ses informations en raison de la commission d'une infraction pénale par ses fournisseurs[732]. Cet arrêt est critiquable en ce qu'il réduit les enjeux du litige en opposant l'intérêt privé d'une société à l'intérêt général de la liberté de la presse.

213. La liberté d'expression n'est pas la seule matière à souffrir d'un déséquilibre. L'arrêt *Hokkanen contre Finlande*[733] peut en effet être rapproché de l'arrêt *Goodwin*. Le requérant reprochait aux autorités finlandaises d'avoir accordé à ses beaux-parents le droit de garder sa fille chez eux et de leur avoir transféré la garde de l'enfant. Il se plaignait en outre du comportement des grands-parents, qui l'avaient empêché de voir sa fille, et ce au mépris de décisions de justice. L'ensemble de ces circonstances avait ensuite rendu difficiles les

---

728 R. de Gouttes, *op. cit.*, p. 254.

729 Cour EDH, arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, req. n°17488/90 ; *RTD civ.* 1996, p. 1026, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDH* 1996, p. 433, obs. P. de Fontbressin.

730 § 45.

731 Opinion dissidente individuelle de M. le juge Walsh.

732 J-P. Marguénaud, *op. cit.* 1996, p. 1026 ; P. de Fontbressin, *op. cit*. p. 449.

733 Cour EDH, arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A n° 299-A ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1995, p. 347, obs. J. Hauser. Les grands-parents maternels de l'enfant ont été autorisés par le Président de la Cour à « *présenter des observations sur des faits dont ils estimaient inexact l'exposé figurant dans le rapport de la Commission* », § 5 de l'arrêt. O. de Schutter voit dans cette démarche une absence de confiance dans la capacité du gouvernement de les représenter adéquatement, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 353. Ils ont également introduit une requête devant la Commission, qui a été déclarée irrecevable, Comm. EDH, déc. *R. et S. Nick et S. Hokkanen c. Finlande* du 15 décembre 1996, req. n° 24627/94.

contacts entre le père et sa fille. Si la Cour a considéré que l'inobservation du droit de visite du père était contraire à l'article 8, elle a en revanche estimé que le transfert du droit de garde était justifié et proportionné, puisque l'enfant vivait depuis cinq ans avec ses grands-parents, période durant laquelle elle eut très peu de contacts avec son père. Or, même si l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer, tout comme dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour ne tient pas compte du comportement illégal à l'origine de la situation litigieuse[734].

214. L'arrêt *Poitrimol contre France*[735] a été réprouvé pour des raisons similaires. Alors qu'il était en fuite à l'étranger avec ses enfants, le requérant s'était vu refuser le droit de se faire représenter par son avocat devant la Cour d'appel, dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre lui pour non-représentation d'enfants. La Cour y affirme que le refus de comparaître ne justifie pas une privation du droit à l'assistance d'un avocat. Or, comme le relève le Doyen Cohen-Jontathan[736], la Cour n'a pas cherché à établir un juste équilibre entre les garanties procédurales, évidemment dues au requérant, et le droit au respect de la vie familiale de la partie civile dans la procédure nationale, la mère des enfants enlevés. Dans une opinion dissidente jointe à cet arrêt, M. le Juge Pettiti considère pareillement que « *l'égalité des armes ne peut être considérée seulement dans les rapports accusé et ministère public, mais aussi dans les rapports victimes, parties civiles et accusé. L'absence de l'accusé par refus de comparaître peut désavantager la victime ou partie civile* ». Ainsi, la Cour n'est pas toujours attentive en cas de conflit entre plusieurs libertés à la juste protection de celle revendiquée par la partie civile au litige principal en droit interne, mais absente à Strasbourg. Il convient également de relever, qu'en dépit de la configuration verticale du conflit, des intérêts privés peuvent être intéressés et devraient donc être, sinon favorisés, tout au moins examinés par la Cour européenne.

215. Cette attitude de la Cour n'est pas systématique puisque quelques arrêts démontrent sa sensibilité à l'égard de l'adversaire du requérant dans l'ordre juridique interne.

---

734 Opinion partiellement dissidente de M. le Juge de Meyer, à laquelle se rallient MM. les Juges Russo et Jungwiert.

735 Cour EDH, arrêt du 23 novembre 1993, série A n° 277-A ; *RTDH* 1995, p. 615, obs. F. Roggen ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 23, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 34, comm. A. Gouttenoire.

736 « Abus de droit et Libertés fondamentales », *in Mélanges Dubouis*, pp. 517-543, spéc. p. 535, note infra-paginale n° 51.

L'évaluation des intérêts est alors circonscrite aux deux intérêts individuels en jeu, chacun parés, éventuellement, de la défense de l'intérêt général.

216. L'affaire *Van Hannover*[737] contient ainsi une mise en balance explicite de la protection de la vie privée de la requérante et de la liberté d'expression des journalistes à l'origine de l'ingérence. Saisie sur le seul fondement de l'article 8, la Cour a néanmoins inséré dans son arrêt, très pédagogique, les principes d'application de l'article 10. La requérante se plaignait en effet d'une violation de sa vie privée en raison de la publication de photos par des magazines de presse à sensations. Après avoir étudié les implications respectives des articles 8 et 10, la Cour a conclu que même si l' « *intérêt du public existe, de même qu'un intérêt commercial des magazines publiant photos et articles, ces intérêts doivent, aux yeux de la Cour, s'effacer en l'espèce devant le droit de la requérante à la protection effective de la vie privée* »[738]. Cet arrêt est exemplaire d'une recherche d'équilibre entre les intérêts privés concurrentiels, l'élément déterminant ayant été la contribution que les articles litigieux apportaient au débat d'intérêt général. En l'espèce, l'Association des éditeurs de magazines allemands et la maison d'édition mise en cause devant les juridictions internes ont participé à la procédure en qualité de tiers intervenants, ce qui peut être considéré comme une ébauche d'effet horizontal direct devant la Cour européenne. Leur argument consistait d'ailleurs à considérer que le droit allemand respecte un juste équilibre entre le droit à la protection de la vie privée et la liberté de la presse. En outre, il est intéressant de souligner qu'à la suite de l'arrêt de la Cour, l'Allemagne avait le loisir de saisir la Grande Chambre. Or, « *Berlin, contrairement aux souhaits des éditeurs de presse et aux syndicats de journalistes, ne fera pas appel du jugement rendu contre l'Allemagne, le 24 juin, par la Cour européenne des droits de l'Homme* »[739].

217. L'arrêt *Mikulic contre Croatie*[740] peut aussi être signalé. La requérante se plaignait de n'avoir pu obtenir une décision sur son action en recherche de paternité et donc

[737] Cour EDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* c. Allemagne du 24 juin 2004, req. n° 59320/00 ; *RTD civ*. 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D*. 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[738] § 77.

[739] *Le Monde*, 2 septembre 2004.

[740] Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

d'avoir été dans l'incertitude quant à son identité personnelle. Le père présumé avait refusé à plusieurs reprises de se soumettre à des tests ADN et, en vertu du droit croate, il ne pouvait y être contraint. Cela avait eu pour conséquence de retarder la procédure qui aurait permis à la requérante de connaître plus rapidement son identité. Les juges ont effectué une balance des intérêts opposant le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN, et ont estimé que la protection des intérêts en jeu n'était pas proportionnée[741]. En l'espèce, si le fait de ne pas prévoir de contrainte à l'égard d'une personne refusant de se soumettre à des tests ADN ne contrevient pas à l'article 8, ce que la Cour stigmatise c'est l'absence d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité, et donc sur les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation. De même, dans une autre affaire relative à l'expertise ADN[742], la Cour a considéré qu'il fallait mettre en balance « *d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à l'intangibilité du corps du défunt, le droit au respect des morts ainsi que l'intérêt public à la protection de la sécurité juridique* »[743].

218. Enfin, cette série d'exemples sera clôturée avec l'arrêt *Evans contre Royaume-Uni* du 6 mars 2006[744]. Il y avait à l'origine de l'affaire une opposition entre deux intérêts privés. La requérante perdait définitivement toute possibilité d'avoir un enfant puisque, après leur séparation, son ancien compagnon avait retiré son consentement à la fécondation. La législation britannique permettait en effet aux donneurs de gamètes de modifier ou de retirer leur consentement à tout moment jusqu'à l'utilisation des embryons, afin de garantir la liberté de consentement des intéressés durant tout le traitement. La Cour intègre rapidement les divers enjeux de l'affaire en affirmant qu'elle « *ne partage pas l'idée que les droits du donneur masculin au titre de l'article 8 sont moins dignes de protection que ceux de la femme concernée et qu'à l'évidence la mise en balance des intérêts penche toujours en faveur de celle-ci* »[745]. En substance, elle met donc en balance le droit d'avoir un enfant avec celui de ne

[741] § 58.

[742] Cour EDH, arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, req. n° 58757/00.

[743] § 39.

[744] Req. n° 6339/05 ; *RTD civ.* 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud.

[745] § 66.

pas y être « contraint ». Tout en considérant que l'équilibre des droits assuré par la législation interne aurait pu être meilleur en conférant au consentement un caractère révocable, elle conclut que la révocation du consentement d'un parent biologique, même dans la situation délicate de la requérante, ne rompt pas le juste équilibre. En l'espèce, l'ancien compagnon et nouvel adversaire de la requérante n'était pas présent en qualité de tiers intervenant.

219. Les exemples pourraient être multipliés, mais ce catalogue doit normalement suffire à instruire des conditions d'identification des intérêts des tiers. L'étude de tous les intérêts du conflit, y compris ceux des personnes absentes à Strasbourg, est possible puisque la Cour y parvient dans certaines affaires[746]. Alors, on peut légitimement se poser la question de savoir pourquoi elle ne le fait pas dans d'autres. *A priori* aucun impératif, ni aucune logique, ne justifie cette disparité d'analyse des affaires dont les juges européens sont saisis. Plus encore, elle semble nuire à l'équité du travail effectué par la Cour. Il a été démontré, en effet, que certaines solutions auraient pu être différentes si les juges avaient pris en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire. La présence de l'Etat ne doit pas occulter le fait que le litige a des implications entre deux personnes privés, d'autant plus que l'Etat pourrait négliger, volontairement ou non, certains éléments d'appréciation ou, à l'inverse, souhaiter ne pas défendre la décision ou la législation interne[747]. C'est pourquoi, il a été suggéré que la « victime » qui a subi un dommage de la part du requérant soit appelée à comparaître dans la procédure européenne lorsqu'elle est elle-même lésée dans la jouissance d'un droit fondamental[748]. Si la convocation du tiers absent en tant qu'*amicus curiae* peut être bienvenue, certains arrêts démontrent qu'elle n'est pas indispensable. Dès lors, à défaut de généraliser cette pratique, il faut souhaiter que la Cour n'omette pas le caractère trilatéral du

[746] L'arrêt *Odièvre* témoigne d'une dérive dans l'appréciation de l'intérêt des tiers. La requérante se plaignait de ne pouvoir effectuer une action en recherche de maternité, puisque sa mère biologique avait demandé que le secret de cette naissance soit préservée. La Cour estime qu'elle se trouve « *en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables qui touchent (…) deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté* ». Cependant son appréciation n'est pas circonscrite aux intérêts des principales intéressées, puisqu'elle inclut dans la balance le droit au respect de la vie privée et familiale des parents adoptifs, du père et de la fratrie biologique. Or, les premiers n'ayant pas été consultés, les seconds ignorant la procédure engagée, il peut sembler étrange que la Cour présume de leurs intérêts. L'évocation des intérêts des tiers semble en l'espèce être une question d'opportunité. Arrêt du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98. *JCP* 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ*. 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ*. 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39.

[747] O. de Schutter, *op. cit.*, p.352.

[748] G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 535.

conflit qu'elle tranche : l'Etat, le requérant et son adversaire réel. C'est sans doute le seul procédé permettant de préserver un véritable équilibre entre les droits concurrents au regard de l'intérêt général.

220. Néanmoins, cette pétition de principe doit être nuancée. Il ne faut pas exclure la possibilité que la Cour ait examiné les intérêts du tiers sans qu'elle estime nécessaire de l'intégrer dans sa démonstration. Cette réflexion a été suggérée par la lecture de l'arrêt *Van Kück contre Allemagne*[749]. La requérante, personne transsexuelle, n'avait pu obtenir de sa compagnie d'assurance le remboursement des frais exposés pour une opération de conversion sexuelle. Les juridictions nationales avaient également rejeté cette demande en considérant, à partir d'un rapport d'expertise, que les conditions prévues au contrat n'étaient pas remplies. La décision se conclut par l'affirmation suivante : « *au vu de ces divers éléments, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part* »[750]. Il serait possible d'en conclure que les juges ont mis en balance les intérêts de la requérante avec ceux de la compagnie d'assurance avant de juger que les juridictions internes ont violé les dispositions de la Convention. Pourtant, à bien y regarder, la démonstration de la Cour ne comporte aucune évocation des intérêts de la société d'assurance. Est-ce à dire que ces intérêts n'ont pas été pris en compte ? Probablement pas. Il semble plutôt qu'en raison de l'importance du droit en cause, la Cour savait qu'elle ferait sans doute primer son respect sur toute autre considération, ce qui rendait inutile l'examen d'intérêts, on peut le supposer, purement mercantiles. Le transsexualisme est un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées[751] et l'identité sexuelle est l'un des aspects les plus intimes de la vie privée[752] ; il n'y a rien d'arbitraire ou d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une conversion sexuelle[753] ; la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination[754]. Voilà quelques affirmations qui

---

749 Cour EDH, arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97 ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

750 § 84.

751 § 54.

752 § 56.

753 § 59.

754 § 73.

ponctuent la démonstration de la Cour européenne. Face à de tels arguments, qui laissent augurer de la solution retenue, il aurait été inutile et indécent de leur opposer les intérêts financiers de l'assureur. Aussi, l'absence de mention des intérêts de l'opposant au requérant peut signifier, non pas qu'ils ont été ignorés, mais que leur intégration dans l'arrêt n'apporterait rien à la démonstration, tant le droit en cause a de fortes chances de primer.

221. L'arrêt *Pla et Puncernau contre Andorre*[755] présente les mêmes caractéristiques. Si le conflit avait bien une origine éminemment privée, puisqu'il trouve sa source dans une clause testamentaire, nulle trace non plus dans l'arrêt européen d'un quelconque examen des intérêts des adversaires du requérant. La Cour aurait pu se pencher sur la protection de la liberté dans la transmission des biens, protégée par les articles 8 de la Convention et 1 du Protocole additionnel[756]. Là encore, l'importance du droit ayant subi une restriction est sans doute déterminante. Il est inutile de rappeler le ton catégorique employé par la Cour pour fustiger une interprétation en « *flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement les principes sous-jacents à la Convention* »[757]. Aussi, les intérêts que l'on peut opposer à un tel principe risquant de ne pas résister à la confrontation, il est superflu de les mentionner.

222. Par ailleurs, un autre indice permettant de penser que la non évocation des intérêts du tiers n'est pas synonyme de leur ignorance peut être trouvé dans les opinions dissidentes. Celles-ci témoignent du débat qui a animé la formation de jugement mais indiquent également l'argumentation qui n'a pas emporté la conviction de la majorité. Or, M. le juge Pettiti a sans doute pu faire entendre sa voix dans l'affaire *Poitrimol*, mais il n'a pas convaincu la majorité de ses collègues sur la nécessité de subordonner les exigences du procès pénal au respect de le vie privée et familiale. Pareillement, l'affaire *Jersild* comporte de nombreuses opinions dissidentes qui laissent supposer que la Cour a eu connaissance des

---

[755] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[756] Opinion en partie dissidente de M. le juge Bratza et Opinion dissidente de M. le juge Garlicki. L'arrêt a été adopté par cinq voix contre deux.

[757] § 59. V. également §§ 61-62.

intérêts qu'elle négligeait en faisant primer à tout prix le droit à la liberté d'expression. Elle a cependant préféré s'en tenir à la solution que contient l'arrêt. Les arrêts *Van Kück* et *Pla et Puncernau* comportent également des opinions dissidentes explicites. Toutes les affaires où la Cour est en apparence passée outre l'examen des intérêts du tiers sont porteuses de principes généraux ou de droits que les juges défendent avec vigilance[758]. Alors, c'est peut-être la hiérarchie des intérêts qu'ils ont établie dans certaines affaires, tel l'arrêt *Jersild*, qui prête à la critique[759].

223. Aux termes de cette démonstration, il apparaît que les intérêts de la personne opposée au requérant ne sont pas forcément ignorés du seul fait qu'ils ne sont pas évoqués dans l'arrêt. Dès lors, pour couper court à toute critique, la Cour pourrait mentionner ces intérêts dans sa démonstration et motiver explicitement leur mise à l'écart, particulièrement si la personne en désaccord avec le requérant est elle-même victime d'une atteinte à l'un des droits protégés par la Convention. Demeure évidemment la possibilité d'inviter la personne privée, non partie au litige strasbourgeois, à titre d'*amicus curiae*[760], afin de parfaire les investigations européennes et donc la recherche d'équilibre[761]. Cette solution lèverait tout soupçon quant à la qualité de l'appréciation des intérêts du tiers. Alors, on pourrait être réellement assuré que la Cour européenne prend en considération la transformation du

---

[758] Dans l'arrêt *I.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005, req. n° 42571/98 (*AJDA* 2006, p. 466, obs. J.-F. Flauss) la Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 10 suite à la condamnation du requérant pour blasphème. Certains juges dissidents ont considéré que « *la liberté de la presse touche à des questions de principe, et toute condamnation pénale a ce qu'on appelle en anglais un chilling effect, propre à dissuader les éditeurs de publier des livres qui ne soient pas strictement conformistes, ou "politiquement (ou religieusement) correct". Un tel risque d'auto-censure est très dangereux pour cette liberté, essentielle en démocratie, sans parler de l'encouragement implicite à la mise à l'index ou aux "fatwas"* », Opinion dissidente commune à MM. Costa, Cabral Barreto et Junwiert, juges.

[759] G. Cohen-Jonathan, *RUDH* 1995, p. 1 ; R. De Gouttes, *op. cit*., spéc. p. 254. V. également, à propos de l'affaire *Jesild* et, plus généralement, des divergences d'appréciation des juges européens lorsque les affaires qui leur sont soumises présentent un aspect idéologique, N. Valticos, « Interprétation juridique et idéologie », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1471.

[760] V. à propos de la pratique de la tierce intervention par les barreaux, P. Lambert, « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme : l'expérience de l'intervention des barreaux », *RTDH* 2006, p. 331.

[761] G. Cohen-Jonathan, *loc. cit.* ; V. également, du même auteur, « Mise en œuvre de la Convention européenne en France, synthèse et perspectives », in *La France et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Europe, Hors série, octobre 1999, p 29 et s., spéc. p. 30.

contentieux horizontal lorsqu'il franchit les portes du Palais des droits de l'Homme. Sans doute, certains esprits chagrins pourraient objecter le risque que la Cour se transforme en dernier degré de juridiction des décisions nationales. Certes. Pourtant, si l'on oppose l'intérêt à préserver la suprématie des juridictions internes à l'intérêt tiré de l'équité du jugement européen, il semble que la balance doive pencher en faveur du second. En outre et, de fait, la Cour européenne est souvent amenée à remettre en question les décisions internes. Autant qu'elle le fasse équitablement, c'est-à-dire en prenant en compte tous les intérêts visés par le conflit, particulièrement si les Etats membres s'engagent dans une voie autorisant le réexamen des décisions civiles après condamnation de la Cour[762]. Enfin, la cause nationale n'est pas perdue puisque le Protocole n° 14, amendant le système de la Convention et ouvert à la signature depuis le 13 mai 2004, prévoit de soumettre les modalités d'admission des requêtes individuelles à l'exigence d'un « *préjudice important* »[763].

224. Les conditions préalables à la résolution du conflit horizontal indirect étant établies, il convient de déterminer comment la Cour protège et concilie les intérêts concurrentiels de la cause dont elle est saisie[764]. Là encore la privatisation de la proportionnalité apparaît puisque la Cour est souvent amenée, lorsque le litige s'y prête, à concilier deux intérêts privés ou à contrôler la balance de ces intérêts effectuée en droit interne.

---

[762] V. *infra*, Titre II, Chapitre II.

[763] Article 12 du Protocole n° 14.

[764] « *Une fois cernés les pièges de définitions que réserve la multiplicité des vocables et des catégories de libertés, force est d'effectuer une constatation de bon sens : leur conciliation est absolument indispensable à leur effectivité* », V. Saint-James, *La conciliation des droits de l'Homme et des libertés en droit public français*, Limoges, PULIM, 1995, p. 22 ; V. également, Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 2004, p. 203 : « *les droits de l'homme décrivent des comportements honorables, sans se préoccuper de leur harmonisation ou de la régulation de leur conflit* ».

§ II – LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS

225. Concilier les divers intérêts en présence aboutit à faire prévaloir l'un d'entre eux[765]. La curiosité porte à désirer une réponse diligente sur une éventuelle hiérarchie des droits[766] ou sur l'existence d'un noyau dur à l'intérieur de chaque droit, autrement appelé substance. L'idée d'une hiérarchie des droits doit être immédiatement abandonnée. En dépit des discussions doctrinales à ce sujet, cette liste n'existe pas et son existence même se heurte à une objection pratique dirimante[767]. Quelle serait la hiérarchie entre le droit à la vie et le droit à ne pas être soumis à la torture ? Comment résoudre un conflit entre deux intérêts contradictoires, identiquement protégés par une même disposition européenne ? L'idée résiste mal à la démonstration[768]. Par ailleurs, quoique le texte de 1950 ait subi de considérables extensions, dont l'effet horizontal, il n'a pas été transformé en code détaillé de prescriptions permettant d'anticiper tous les conflits pouvant émerger. Seuls quelques principes référentiels peuvent être dégagés de la jurisprudence européenne. Cela, parce que l'usage récurrent de la technique de la proportionnalité dans la pratique européenne appelle toujours de nouvelles interprétations contextualisées. Plus encore, il résulte de certains arrêts que la conciliation des droits par la Cour dépend directement de celle établie par le juge interne. C'est parce que la proportionnalité est omniprésente dans l'interprétation européenne (A) qu'une violation d'un droits de l'Homme peut résulter de la seule intransigeance nationale (B).

---

[765] La balance des intérêts n'est en effet que transitoire et précède une solution favorable à l'un des intérêts en jeu. Ainsi, « *l'équilibre est nécessairement rompu en faveur de l'un ou l'autre, celui qui prévaut, ou si l'on préfère, celui qui a été mis en avant par celle des deux parties qui gagnera son procès. (…) La pondération des intérêts conduit à ce que, au moins dans les circonstances de l'espèce, un intérêt pèse plus lourd que l'autre* », F. Rigaux, *op. cit.*, p. 225.

[766] F. Sudre, « droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? » *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 381-398.

[767] S'oppose également à la hiérarchie des droits, le principe de l'indivisibilité des droits de l'Homme ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 136, p. 112. L'auteur recense d'autres propositions de résolution des conflits de droits de l'Homme ne pouvant être adoptées et généralisées, n° 135 et s., p. 111 et s.

[768] F. Rigaux, « Logique et droits de l'Homme », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1191.

A/ L'OMNIPRÉSENCE DE LA PROPORTIONNALITÉ

226. La proportionnalité est emblématique des méthodes d'interprétation européennes. Nonobstant cette évidence, il convient de rechercher, parmi la jurisprudence strasbourgeoise, si la conciliation de deux droits concurrents répond à des critères spécifiques accordant la primauté à certains droits, ou à certaines prérogatives attachées à chaque droit. En premier lieu, il est nécessaire de déterminer l'usage qui est réservé par la Cour à la notion de substance des droits, ainsi que les liens que cette notion entretient avec la proportionnalité (1). En second lieu, à partir des arrêts où la Cour concilie explicitement deux intérêts privés, il s'agira de d'établir les principes gouvernant la jurisprudence et d'en déduire les limites éventuelles posées à l'exercice de certains droits (2).

1/ La préservation de la substance des droits

227. Si l'on en croit certaines décisions de la Cour européenne, la préservation de la substance des droits est déterminante de la solution apportée au conflit. Pourtant, la plupart des arrêts ignorent cette notion. La question est d'importance puisque l'existence d'un noyau intangible imposerait une limite absolue aux possibles restrictions des droits et exclurait toute tentative de justification par le mécanisme de proportionnalité. Une analyse des enjeux emportés par le concept de substance et des débats qu'il soulève doit être effectuée avant de déterminer ses conditions d'emploi par le juge strasbourgeois.

228. La substance des droits peut être comprise et donc appliquée de deux manières, toutes deux ordonnées autour de la notion de noyau intangible[769]. Soit ce noyau est déterminé abstraitement, de façon définitive, en sorte qu'aucun intérêt ne peut être avancé pour le relativiser. Subséquemment, la recherche d'un juste équilibre est exclue. Soit, ce noyau est déterminé concrètement, à la suite d'une pesée des intérêts. La disproportion entraînera une atteinte au noyau.

[769] J.-P. Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, éd. Staempfi et Cie SA, Berne, 1983, p. 159.

229. La première conception repose sur l'idée d' « *injustifiable en soi* » et donc d'actes « *intrinsèquement condamnables* »[770]. Elle suppose que chaque droit comporte des prérogatives essentielles, inaltérables et donc exclusives du principe de proportionnalité, et d'autres, accessoires, qui peuvent être soumises à la proportionnalité car la part vitale du droit n'est pas atteinte. Cette analyse dirige le raisonnement du juge. La préséance est accordée à la vérification de la substance du droit. Si celle-ci est atteinte, il est inutile de prolonger l'examen de l'affaire. Sinon, le juge peut poursuivre son raisonnement en opérant une balance des intérêts. Cette démarche peut être considérée comme garante de la stabilité et de la sécurité juridique puisqu'elle écarte toute contextualisation[771]. L'acte jugé comme « *intrinsèquement condamnable* », le sera définitivement. C'est pourquoi, un défenseur de la stabilité juridique considère que s'impose « *la nécessité théorique de poser, dans le droit conventionnel, l'existence d'un injustifiable en soi, d'un domaine exclu du raisonnement téléologique qui forme l'essence de la logique proportionnaliste* »[772].

230. A l'inverse, la notion de substance est considérée par d'autres auteurs comme inutile[773]. L'expression repose sur un postulat erroné, l'idéologie des droits de l'Homme et la consécration des droits subjectifs. Ceux-ci résultent d'une conception historique du droit constitutive d'une réaction à la force excessive du pouvoir souverain. La substance du droit, qui en est l'héritière, justifie ainsi qu'une part du droit soit à l'abri de toute atteinte[774]. Or, si la volonté de préserver une substance du droit est légitime, elle nie le caractère relationnel du droit. « *Nier cette réalité en l'abordant sous l'angle "égocentrique" d'un individu dont on pose a priori l'existence d'intérêts à jamais victorieux, quelle que fût la situation et l'adversaire, paraît difficilement supportable* »[775]. La part du droit qui doit être préservée ne

---

[770] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 480.

[771] S. Van Drooghenbroeck, *op.cit.*, n° 357.

[772] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 554.

[773] P. Muzny, *op. cit.*, n° 381 et s.

[774] M. Hottelier, favorable à la préservation d'un noyau intangible des droits, précise que celui-ci « *intervient dans la période immédiatement postérieure à la fin de la Seconde guerre mondiale, de sorte que l'on peut observer d'emblée les rapports extrêmement étroits qu'entretient la notion de noyau des libertés avec les atrocités commises et institutionnalisées sous le IIIème Reich* », « Le noyau intangible des libertés », *in* P. Meyer-Bish (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, éd. Universitaires de Fribourg, Fribourg, 1991, p. 68.

[775] P. Muzny, *op. cit.*, n° 388.

peut dériver que d'une mise en balance qui est consubstantielle à la réalisation des droits. La substance du droit n'est donc pas déterminée *a priori* et de façon définitive, mais est la résultante d'un débat permettant d'établir un juste équilibre, elle procède de ce dernier[776]. Cette conception permet d'éviter, à juste titre selon nous, une « décontextualisation » du jugement contraire à l'effectivité des droits[777].

231. L'évocation de la notion de substance des droits par la Cour européenne est ancienne puisque dans l'*affaire linguistique belge*, elle considérait déjà que la réglementation du droit à l'instruction « *ne doit pas entraîner d'atteinte à la substance de ce droit* »[778]. De même, en se référant à l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*[779] qui ne mentionne pourtant pas cette notion, les juges européens ont affirmé que les Etats, bien que non tenus d'intégrer la Convention à leur système juridique national, « *n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1 et sous une forme ou une autre y assurer à quiconque relève de leur juridiction la substance des droits et libertés reconnus* »[780]. La Cour de Strasbourg oscille entre les deux démarches de préservation de la substance d'un droit. Il arrive aux juges d'opter pour la première conception en distinguant le contrôle de l'atteinte à la substance du contrôle de proportionnalité, tel que dans l'arrêt *Papon contre France*[781], où ils affirment que « *le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect, n'est pas absolu : il peut donner lieu à des limitations implicites, notamment en ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours. Néanmoins ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre,*

---

[776] « *Selon l'analyse d'Aristote, le droit se découvre par observation de la réalité sociale, et confrontation de points de vue divers sur cette réalité, parce que le droit, objet de la justice au sens particulier du mot, est précisément ce milieu, la bonne proportion des choses partagées entre membres du groupe politique. Parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes* », M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, PUF, coll. Questions, 1983, p. 97.

[777] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 5.

[778] Cour EDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* du 23 juillet 1968, série A n° 6, § 5 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

[779] Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A, n° 25, § 239.

[780] Cour EDH, arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A, n° 98, § 84 ; *GACEDH*, n° 65, comm. J.-P. Marguénaud.

[781] Cour EDH, arrêt *Papon c. France* du 25 juillet 2002, req. n° 54210/00.

elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[782]. Cependant, une analyse détaillée de la jurisprudence européenne a démontré que le discours du juge européen fait émerger une logique du « *tout justifiable sous condition de proportionnalité* »[783]. Aucun principe général d'intangibilité applicable à tous les droits n'est affirmé, et il est absent de la protection des droits dont les limitations ont été conventionnellement organisées[784]. Seuls les droits soumis à des limitations prétoriennes peuvent être associés à la notion de substance. La raison de cette distinction serait que pour le droit d'accès à un tribunal, à l'instruction ou au mariage, il y a place pour une logique du « *tout ou rien* », une « *privation totale* »[785]. Dans ce cas, la Cour de Strasbourg intègre plus aisément la notion de substance à son raisonnement, sans pour autant que sa démarche soit systématique, ni cohérente. Le recours à la notion de substance ne constitue donc pas un critère fiable. Cependant, l'idée qu'elle porte, c'est-à-dire l'anéantissement total d'un droit, peut être prise en compte sans que la mention de la notion de substance n'apparaisse. C'est pourquoi, cet anéantissement demeure un critère important d'appréciation du litige, même s'il est étudié en même temps que le contrôle de proportionnalité.

232. La jurisprudence relative à la liberté négative d'association est particulièrement propice à l'affirmation d'une substance des droits. Pourtant, en ce domaine la notion aurait un autre intérêt. L'arrêt *Young, James et Webster*[786], dont les faits sont

---

[782] § 90. Dans une autre affaire M. le juge Costa s'est montré favorable à la préséance de la notion de substance dans le contrôle du juge : « *le problème de la proportionnalité ne peut se poser que de façon subsidiaire, au cas où la substance même du droit à un tribunal n'a pas été touchée. Déduire cette non-atteinte de l'existence d'un rapport satisfaisant de proportionnalité ne me convainc pas du tout* » ; Opinion concordante jointe à Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Prince Hans-Adam II du Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, req. n° 42527/98 ; *AJDA* 2001, p. 1064, obs. J.-F. Flauss. En l'espèce, la Cour avait estimé que les décisions des tribunaux allemands « *ne sauraient passer pour disproportionnées au but légitime poursuivi et n'ont donc pas porté atteinte à la substance du "droit d'accès" de l'intéressé "à un tribunal", au sens de la jurisprudence de la Cour* », § 69. Pour un raisonnement similaire, V. l'opinion concordante de M. le Juge Ress, jointe au même arrêt.

[783] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 557 ; l'auteur établit une analyse très détaillée de la pratique européenne, V. n° 555 à 652.

[784] *Ibid*.

[785] *Ibid*., n° 656.

[786] Cour EDH, arrêt du 13 août 1981, série A, n° 44. *CDE* 1982, p. 226, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, chron. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, chron. P. Rolland.

désormais connus, avait ainsi affirmé qu' « *à interpréter l'article 11 comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition en matière syndicale, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir* »[787] avant de constater que la menace de renvoi, impliquant une perte des moyens de subsistance, est une forme très grave de contrainte qui « *touche à la substance de la liberté d'association* »[788]. La Cour procéda ensuite à un examen de la proportionnalité. C'est pourquoi en l'espèce, il faut considérer que la notion de substance du droit a servi de technique interprétative visant à intégrer à l'article 11 un droit non expressément garanti par la Convention[789]. Il convient de relever qu'en dépit de la reconnaissance désormais acquise d'un droit d'association négatif, la référence à la notion de substance est toujours présente. Par un arrêt du 11 janvier 2006, la Grande Chambre de la Cour a ainsi affirmé qu'« *une forme de contrainte qui dans une situation donnée touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 porte atteinte à ladite liberté* »[790]. Toutefois, la substance apparaît nettement comme la résultante d'une mise en balance des intérêts de part et d'autre, puisque « *une importance particulière doit être attachée aux motifs avancés par les autorités pour justifier ces accords et – élément à apprécier au cas par cas- à leur degré d'empiètement sur les droits et intérêts protégés par l'article 11* »[791]. Le degré d'empiètement sur les droits est donc à rapprocher de la notion de substance.

233. Relevons également que la question de la reconnaissance de la notion de substance du droit à la vie privée et familiale a été récemment soulevée. En effet, dans l'affaire *Evans contre Royaume-Uni*[792], dont les faits ont déjà été relatés, une opinion dissidente conteste la solution retenue en ce qu'elle n'aurait pas préservé la substance du droit à la vie privée et familiale de la requérante[793]. Incontestablement, après l'arrêt de la Cour EDH, celle-ci perdait définitivement la possibilité d'avoir un enfant. Selon les juges

---

[787] § 52.

[788] § 55.

[789] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 581.

[790] Arrêt *Sorensen c. Danemark et Rasmussen c. Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99, § 54 ; *AJDA* 2006, p. 466, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2006, I, 164, n° 10, obs. F. Sudre.

[791] § 58.

[792] Cour EDH, arrêt du 7 mars 2006, req. n° 6339/05 ; *RTD civ.* 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud.

[793] Opinion dissidente commune à M. Traja et Mme Mijovic, juges.

dissidents, valider la révocation du consentement de l'ancien compagnon de la requérante aboutissait à lui conférer le pouvoir de contrôler la situation et à accorder à ses droits une valeur péremptoire. A leur avis, « *un régime juridique qui réduit à néant l'essence même du droit de l'intéressée ne peut se justifier au regard de la Convention* ». Ils proposent donc d'établir une règle selon laquelle les intérêts de la partie qui révoque son consentement et souhaite que les embryons soient détruits doivent primer sauf si l'autre partie n'a pas d'enfant biologique ni d'autres moyens d'en avoir, ni ne souhaite faire intervenir une mère porteuse. Selon ces juges, cette démarche ménage un juste équilibre entre les droits concurrents. Pourtant, il est manifeste qu'elle fait primer définitivement le droit d'avoir un enfant sur celui de ne pas en avoir. Elle exclut également toute appréciation des intérêts de la personne qui ne veut pas d'enfant dès lors que les conditions énoncées sont remplies. Cette tentative d'élaboration d'une substance du droit de l'article 8, exclusive d'une appréciation *in concreto*, n'a pas été retenue par la Cour européenne, qui s'est prononcée par cinq voix contre deux[794].

234. Enfin, et là est l'essentiel, il convient de préciser que le choix entre la préséance du principe d'intangibilité sur le principe de proportionnalité et la simultanéité du contrôle de proportionnalité et d'atteinte à la substance ne change rien à l'issue du conflit ni à la protection des droits. Dans le premier cas, la balance des intérêts sera « *jouée d'avance* »[795]. Dans le second, les actes injustifiables seront révélés comme tels par la pesée des intérêts. Aussi son usage par la Cour européenne est-il considéré comme « *artificiel* »[796], et son existence comme « *inutile* »[797].

235. La substance des droits n'est donc pas exclusive d'une recherche de juste équilibre. L'absence apparente de prévisibilité des décisions européennes est atténuée par l'émergence de quelques principes jurisprudentiels pouvant servir de normes de référence à la conciliation de deux intérêts privés.

---

794 L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour européenne à la demande de la requérante.

795 S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 664.

796 *Ibid*.

797 P. Muzny, *loc. cit.*

2/ Le recours aux principes référentiels

236. La présence récurrente de la technique de proportionnalité ne s'oppose pas à l'apparition de certains principes gouvernant la pesée des intérêts. Il est possible de considérer que les démonstrations de la Cour acquièrent cette qualité en raison, d'une part, de leur constante répétition, d'autre part, de la tournure impérative employée. Lorsque ces principes trouvent à s'appliquer, les ingérences sont plus difficiles à justifier et le contrôle de la Cour est plus intransigeant. En d'autres termes, inspirés des arrêts strasbourgeois, il n'y a « *guère de place pour des restrictions* »[798]. Parmi ces principes, rares sont ceux qui portent directement sur la conciliation entre deux intérêts privés. En effet de nombreuses décisions comportent un effet horizontal, mais beaucoup n'appellent pas à l'établissement d'un équilibre entre les droits concurrents de deux personnes privées. Ainsi, les atteintes à la vie et à l'intégrité physique, ou encore la servitude ou la restriction de liberté imposée par une personne privée, n'exigent pas de conciliation puisque aucun droit ne peut justifier de telles ingérences. Ces situations interpersonnelles appellent plutôt un contrôle du comportement étatique au regard de ses obligations. Il en va également ainsi des décisions relatives à l'exécution des décisions de justice dans un conflit privé. De même, les arrêts relatifs à la vie familiale ne visent pas directement la conciliation des droits des deux parents qui seraient en désaccord. En outre, en cette matière, les conflits seront souvent tranchés à l'aune de l'intérêt de l'enfant[799]. Il s'agira donc de rechercher, à partir des arrêts européens, les principes dirigeant les conflits entre les droits de deux ou plusieurs particuliers.

237. A titre préliminaire, il convient de rappeler que la balance des intérêts risque d'être favorable à celui qui invoque un droit conventionnel, lorsque l'intérêt qui lui est opposé n'est pas garanti par le texte européen. En effet, selon l'arrêt *Chassagnou contre France*[800], lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des « droits ou libertés » qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre, « *seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une*

---

[798] Cour EDH, arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, req. n° 17419/90, § 58 ; *RTDH* 1997, p. 713, obs. J.-M. Larralde.

[799] J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2005, p. 341.

[800] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; *préc.*

ingérence dans la jouissance d'un droit garanti »[801]. L'arrêt *Pla et Puncernau*[802] le confirme, puisqu'une clause contractuelle n'a pas résisté à sa confrontation avec le principe de non-discrimination.

238. Parmi les principes bien établis, peuvent tout d'abord être distingués ceux relatifs à la liberté d'expression. Rares sont les arrêts où l'effet horizontal est patent, mais bien souvent le litige a opposé deux personnes civiles ou morales devant les juridictions internes. Leur répercussion est également importante puisque ces décisions marquent implicitement les limites de la protection des droits d'autrui. Tout d'abord, et le principe est fort connu, dès lors que la liberté d'expression a été exercée à propos d'une question d'intérêt général, l'interprétation de la proportionnalité sera étroite, même lorsque est en cause la diffusion d'une publicité[803]. Encore faut-il qu'il y ait contribution à un débat d'intérêt général. Publier des détails de la vie privée d'une personne célèbre ne participe pas à un tel débat, même si elle satisfait la curiosité d'un certain public[804]. Si l'exercice de la liberté d'expression a porté atteinte à la réputation d'autrui, la Cour se fonde sur un critère distinguant les allégations de fait des jugements de valeurs. Les premières seront considérées comme excessives si l'existence des faits n'est pas établie. Les seconds le seront s'ils ne reposent sur aucune base factuelle[805]. Plus l'allégation est sérieuse, plus la base factuelle doit être solide[806]. En dépit de la simplicité apparente de cette classification, il est peut être difficile de déterminer si une assertion relève de l'une ou l'autre catégorie. En ce sens, l'arrêt *Paturel*

---

[801] § 113.

[802] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[803] Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 73. *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir ; *AJDA* 2001, p. 1074, obs. J.-F. Flauss.

[804] Cour EDH, arrêt *Van Hannover c. Allemagne* du 29 juin 2004, req. n° 59320/00, § 65. *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[805] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Oberschlick c. Autriche (n° 2)* du 1er juillet 1997, req. n° 20834/92, § 33 ; *RTDH* 1998, p. 589, obs. S. Peyrou-Pistouley.

[806] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* du 17 décembre 2004, req. n° 49017/99, § 78 ; *RTDH* 2005, p. 385, obs. P. De Fontbressin.

contre France[807] qualifie les déclarations du requérant de « *jugements de valeur* » parce qu'ils reflètent des questions d'intérêt général[808]. Cette affirmation a été contestée par deux juges de la section[809]. La logique de la Cour est en effet peu convaincante.

239. En outre, si la protection de la réputation d'autrui peut être une limite à la liberté d'expression, elle ne s'applique pas identiquement à tous les individus. L'homme politique, qui s'expose délibérément à un contrôle attentif de ses activités, doit être un peu moins sensible à la critique que les autres[810]. Le niveau de susceptibilité du fonctionnaire doit se situer entre celui du simple particulier et celui de l'homme politique[811]. Et, lorsque les journalistes en viennent à se critiquer mutuellement par voie de presse, ils doivent également se montrer plus tolérants qu'un simple particulier[812]. L'argument de la protection de la présomption d'innocence, garanti par l'article 6 § 2 de la Convention, est également insuffisant face à la liberté de la presse si celle-ci participe à l'information du public sur une question importante[813]. Cependant, il peut retrouver sa vigueur dès lors que l'article publié ne porte pas sur une question d'intérêt général[814]. Voilà donc les quelques principes permettant de concilier les intérêts concurrents, lorsqu'une violation de la liberté d'expression est alléguée. Ils marquent les limites théoriques au droit au respect de la vie privée ou à la

---

[807] Cour EDH, arrêt du 22 décembre 2005, req. n° 54968/00 ; *AJDA* 2006, p. 466, obs. J.-F. Flauss.

[808] § 37.

[809] Opinion concordante de M. le juge Costa, à laquelle se rallie M. le juge Spielmann.

[810] Cour EDH, arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A, n° 103 ; arrêt *Parkdemili c. Turquie* du 22 février 2005, req. n° 35839/97, § 17 ; *AJDA* 2005, p. 1895, obs. J.-F. Flauss.

[811] Cour EDH, arrêt *Thoma c. Luxembourg* du 29 mars 2001, req. n° 38432/97, § 47 ; *RTDH* 2002, p. 203, obs. D. Spielmann. A l'inverse, si le particulier qui use de sa liberté d'expression est fonctionnaire, il risque de se voir opposer les « *devoirs et responsabilités* » inscrits à l'article 10 § 2. Et le débat auquel il participe pourra ne pas être considéré comme ayant un intérêt général, alors même qu'il porte sur les gestionnaires d'un service public. Un éventuel licenciement pour avoir tenu des propos très critiques peut aussi ne pas être contraire à l'article 10. Ce sont les enseignements déroutants de l'arrêt *De diego Nafria contre Espagne* du 14 mars 2002, req. n° 46833/99 ; AJDA 2002, p. 502, obs. J.-F. Flauss.

[812] Cour EDH, arrêt *Urbino Rodriguez c. Portugal* du 29 novembre 2005, req. n° 75088/01, §§ 30-31.

[813] Cour EDH, arrêt *Thoma c. Luxembourg* du 29 mars 2001, req. n° 38432/97, § 58, préc.

[814] Cour EDH, arrêt *Tourancheau et July c. France* du 24 novembre 2005, req. n° 53886/00 ; *JCP* 2006, I, 109, n° 10, obs. F. Sudre ; *JCP* 2006, II, 10076, note E. Derieux.

réputation, ou encore au droit à la présomption d'innocence[815]. Néanmoins, ces limites peuvent être repoussées selon les circonstances de l'espèce, en considération du juste équilibre à maintenir.

240. L'identité sexuelle[816], qui est un des aspects les plus intimes de la vie privée, bénéficie d'une importance particulière au sein de la balance des intérêts et il doit exister des raisons graves pour légitimer les atteintes[817]. Les clauses contractuelles qui, pour une raison ou une autre, y porteraient atteinte seraient soumises à un contrôle rigoureux. Par ailleurs, le droit à l'épanouissement personnel[818] implique le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autrui et le monde extérieur, y compris dans le domaine des relations sexuelles[819]. Ce droit découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. Il est aussi possible de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne[820]. Le droit ainsi accordé intéresse directement l'effet horizontal. En effet, si toutes les pratiques sexuelles peuvent être admises, ce droit est limité par le propre droit au libre choix du

[815] Il ne semble pas qu'il ait de jurisprudence en ce sens, mais on pourrait imaginer une requête fondée sur l'article 6 § 2, et reprochant à l'Etat une insuffisante protection de la présomption contre des allégations provenant de personnes privées, telles les journalistes.

[816] J.-M. Larralde, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH* 2006, pp. 35-54.

[817] Cour EDH, arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A, n° 45, § 52 ; *JDI* 1982, p. 185, chron. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 41, comm. M. Levinet ; arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003, req. n° 35968/97 ; *RDC* 2004, p. 788, obs. A. Debet ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

[818] Le droit à l'épanouissement personnel comprend le développement personnel et l'autonomie personnelle ; Cour EDH, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99, § 83 ; *JCP* 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2005, chron. 2973, M. Fabre-Magnan ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, § 90 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. Carillon ; *GACEDH* n° 42, comm. M. Levinet ; Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, req. n° 2346/98, § 61. *JCP* 2002, I, 157, n° 3 et 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2002, 7-8/11, p. 11, obs. E. Garaud ; *Defrénois* 2002, p. 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTDH* 2003, p. 71, obs. O. de Schutter ; *GACEDH*, n° 43, comm. J.-P. Marguénaud.

[819] Cour EDH, arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, § 89 ; *RTD civ.* 1999, p. 917, obs. J.-P. Marguénaud.

[820] Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., § 66.

partenaire. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un respect de sa volonté[821]. A défaut, l'intervention de l'Etat ne sera pas considérée comme disproportionnée.

241. S'agissant de la liberté d'association, un individu ne peut être contraint à adhérer à un syndicat ou une association qui arguerait d'un droit garanti par la législation interne. En effet, la Cour considère qu'un individu ne jouit pas de la liberté d'association si les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité[822]. Les restrictions ou les dissuasions, par l'employeur, de l'usage par les salariés du recours à l'affiliation syndicale pour protéger leurs intérêts peuvent être considérés comme contraires à l'article 11 de la Convention[823].

242. Enfin, parmi les principes pouvant se dégager de la jurisprudence européenne, il faut relever la sensibilité particulière de la Cour aux situations discriminatoires[824]. Seules des raisons très graves peuvent justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage, exigence dont le Gouvernement français doit en avoir connaissance[825]. Aussi, les interprétations judiciaires « *en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14* »[826] provoquent la sévérité de la Cour alors même qu'elles trouvent leur

---

[821] Cour EDH, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., § 85.

[822] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 114 ; préc.

[823] Cour EDH, arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, §§ 47-48 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

[824] Cette sensibilité est partagée par le Président de la Cour interaméricaine, Antonio Cançado Trindade, selon lequel la Cour interaméricaine contribue à la « *construction d'un nouveau jus gentium du XXIe siècle, guidé par les principes généraux du droit (parmi lesquels on retrouve le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination)* », L. Hennebel, « L'"humanisation" du droit international des droits de l'Homme. Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *RTDH* 2004, p. 747, spéc. p. 755.

[825] Cour EDH, arrêt *Mazurek c. France* du 1 février 2000, req. n° 34406/97, § 49 ; *JCP* 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2000, p. 601, obs. J. Patarin ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2000, n° 33, obs. B. de Lamy ; *LPA* 2000, n° 145, p. 20, note Canaple ; *GACEDH*, n° 51, comm. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, arrêt *Merger et Cros* c. France du 22 décembre 2004, req. n° 68864/01 ; *JCP* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud.

[826] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01, préc., § 59.

source dans un testament. Il semble même que les droits d'autrui ne puissent suffire à justifier de telles ingérences puisque « *seules des raisons très fortes* » et des « *motifs d'ordre public* »[827] permettront de les juger compatibles avec la Convention. De fait, en ce domaine, la conciliation des intérêts sera souvent favorable au requérant victime d'une discrimination.

243. Au terme de cette énumération, il apparaît que peu de principes concernent directement les relations privées et la conciliation des droits de deux particuliers. L'intervention de l'Etat empêche la Cour de raisonner comme le ferait un juge judiciaire national. En effet, son contrôle se porte plus souvent sur le respect par l'Etat de ses engagements internationaux. C'est pourquoi, il est difficile d'établir un catalogue détaillé des méthodes de conciliation des intérêts privés opposés. Cependant, il est apparu que certains droits bénéficient, *a priori*, d'une protection accrue de la part de la Cour, avantage pouvant préjuger de la balance des intérêts. Un autre principe a pu être dégagé de la jurisprudence européenne mais, en raison de sa spécificité, il exigeait une étude séparée. Il s'agit de l'exigence de conciliation des intérêts en droit interne.

B/ LA SANCTION DE L'INTRANSIGEANCE NATIONALE

244. Un grand nombre de décisions européennes, parmi celles qui ont des enjeux horizontaux, sanctionne l'Etat mis en cause pour ne pas avoir fait respecter le juste équilibre des droits dans son ordre juridique. A la première lecture, ces arrêts peuvent donner l'inconfortable impression que les juges européens n'ont pas su comment trancher un litige entre deux intérêts concurrents, tant ceux-ci paraissaient mériter une égale protection. Pourtant, la récurrence de ces raisonnements devait trouver une autre justification. Si, en n'assurant pas une balance des intérêts, l'Etat encourre un constat de violation, c'est donc qu'il est soumis à une obligation d'agir en ce sens. L'exigence de juste équilibre se transformerait en une obligation étatique, au même titre que celle visant à assurer l'équité d'une procédure. Il n'en demeure pas moins qu'il subsiste une incertitude quant à l'orientation à donner à la balance des intérêts. On peut en effet arguer que les autorités nationales se voient déléguer une tâche, sans avoir pour autant tous les outils nécessaires afin de savoir quel droit doit primer, selon le sens qu'en donnerait la Cour. Le raisonnement des juges européens serait en conséquence circulaire. Là encore, il faut poursuivre l'exégèse et il

[827] § 61

apparaît que le juste équilibre est intrinsèquement un moyen de garantir l'effectivité des droits, et que la proportionnalité exige la concrétude.

245. Instrument d'application de la CEDH, l'équilibre doit en conséquence être recherché, au sein des Etats membres, par les autorités compétentes. Cette exigence ressort expressément de l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989[828]. L'affaire opposait l'intérêt d'un individu à obtenir communication de son dossier social, établi par la municipalité lorsqu'il était mineur, à la confidentialité exigée par certains informateurs. La Cour avait considéré qu'un système qui subordonne l'accès des dossiers à l'acceptation des informateurs peut en principe être compatible avec l'article 8. Cependant, après avoir relevé que ce système ne garantit pas le droit à l'identité d'un individu si le tiers ne peut pas ou refuse de donner son consentement, elle affirme qu' « *il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas ou un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès* »[829]. De la même façon, dans l'affaire *Mikulic contre Croatie*[830], opposant l'intérêt du père à ne pas se soumettre à des tests ADN et celui de l'enfant à découvrir la vérité concernant son identité, elle a considéré qu'il était nécessaire de mettre en place des moyens alternatifs permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la paternité[831]. Cette solution a été réaffirmée dans l'arrêt *M.G. contre Royaume-Uni* [832].

246. C'est d'ailleurs essentiellement parce que la nouvelle législation française relative à l'accouchement sous X[833] permet de mettre en balance les différents intérêts en

---

828 Cour EDH, arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160 ; *RTDH* 1990, p. 353, obs. P. Lambert.

829 § 49.

830 Cour EDH, arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, req. n° 53176/99 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

831 §§ 64-66.

832 Cour EDH, arrêt *M.G. c. Royaume-Uni* du 24 septembre 2002, req. n° 39393/98, § 27 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16, obs. F. Sudre.

833 Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à « l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat ».

présence, que la Cour européenne n'a pas prononcé de constat de violation en ce domaine[834]. Les juges ont constaté que « *la nouvelle loi facilitera la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un conseil national de l'accès aux origines personnelles, organe indépendant, composé de magistrats, de représentants d'associations concernées par l'objet de la loi et de professionnels ayant une bonne connaissance pratique des enjeux de la question* » et peut permettre « *d'assurer équitablement la conciliation* » entre la protection de la mère et les attentes de la requérante. La cour a également relevé que « *la législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* » et qu' « *à cet égard, les Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée* », avant de conclure que la France n'a pas excédé sa marge d'appréciation et donc qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8[835]. L'importance du principe de juste équilibre apparaît donc, non seulement dans les raisonnements que la Cour adopte pour résoudre les litiges dont elle est saisie, mais également dans le contrôle du comportement des autorités étatiques.

247. L'exigence d'une conciliation par l'intervention d'une autorité indépendante doit être rapprochée de la mise en balance des intérêts imposée au juge national. Ainsi, dans l'affaire *Velosa Barreto contre Portugal* du 21 novembre 1995[836], la Cour avait rendu sa solution en considération de la balance des intérêts effectuée par le juge interne. En l'espèce, le litige avait pour siège la limitation apportée au droit d'un propriétaire d'une maison de donner congé à son locataire. La Cour, relevant que les juges internes ont « *pesé dûment les divers éléments de fait et de droit soumis* » à leur appréciation, en a déduit qu'il « *n'a pas été démontré et rien n'indique qu'en statuant comme elles l'ont fait les juridictions portugaises aient agi d'une manière arbitraire ou déraisonnable, ou failli à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu* »[837]. Les décisions sont fréquentes où la Cour affirme qu' « *au vu de tout ce qui précède, la Cour en arrive à la conclusion que le Gouvernement*

---

[834] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odievre c. France* du 13 février 2003 ; préc.

[835] § 49. J. Hauser considère que si la Cour n'a pas condamné la France en raison de la réversibilité du secret prévue par la loi, « *c'est se contenter de peu puisque cette réversibilité est entièrement entre les mains de la mère dont l'enfant va donc dépendre* », *op. cit.*, p. 277.

[836] Cour EDH, arrêt *Velosa Barreto c. Portugal* du 21 novembre 1995, série A n° 334 ; *JDI* 1996, p. 266, obs. P. Tavernier.

[837] Respectivement, §§ 29 et 30.

n'a pas démontré que la balance des intérêts en présence, à savoir la protection des sources d'une part et la prévention et la répression d'infractions d'autre part, a été préservée »[838]. A l'inverse, la garantie d'un équilibre par les autorités internes permet d'exclure un constat de violation. Dans l'affaire *Hatton contre Royaume-Uni*[839], la Cour affirme que « *la réponse à la question de savoir si la mise en œuvre de ce régime a ménagé, dans les faits, un juste équilibre entre les droits consacrés par l'article 8 auxquels il porte atteinte et certains intérêts concurrents de la communauté dépend du poids relatif accordé aux uns et aux aut*res »[840]. C'est donc bien en considération de la pesée des intérêts effectuée par les autorités internes que la Cour se prononce. Elle ajoute que, « *eu égard au caractère général des mesures en cause, la Cour admet que, dans le contexte de l'espèce, les autorités étaient fondées à s'appuyer sur des données statistiques basées sur la perception moyenne des nuisances sonores. (…) Il n'en résulte pas pour autant que les préoccupations des personnes touchées aient été totalement ignorées* »[841]. Les juges britanniques avaient donc bien procédé à la balance des intérêts que la Cour souhaite voir appliquée dans les ordres juridiques internes.

248. Si la Cour requiert l'intervention d'une autorité indépendante lorsque deux intérêts importants sont en opposition, ou fait dépendre le constat de violation de l'établissement, ou non, d'un juste équilibre par le juge interne, c'est parce qu'elle stigmatise la rigidité de l'application abstraite d'une norme. La pesée des intérêts doit permettre d'aboutir à une solution la plus juste possible. Elle « *présuppose des mesures visant à favoriser les deux parties* »[842] et accorde une liberté d'appréciation autorisant l'adaptation de la règle à toutes les circonstances concrètes du conflit, y compris les plus exceptionnelles, et à leur évolution. Ainsi, dans l'affaire *Hatton*, la Cour a relevé que « *les autorités paraissent de surcroît s'être rendu compte que, vu le caractère évolutif de la situation (augmentation du transport aérien, progrès technologiques dans le domaine de la lutte contre le bruit, évolution*

[838] Cour EDH, arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg* du 25 février 2003, req. n° 51772/99, § 58. *JCP* 2003, I, 160, n° 13, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2003, p. 609, obs. J.-F. Flauss.

[839] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97 ; *JCP* 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; AJDA 2003, p. 1928, obs. J.-F. Flauss.

[840] § 125.

[841] § 125.

[842] Cour EDH, arrêt *Novoseletskiy c. Ukraine* du 22 février 2005, req. n° 47148/99, § 86.

des comportements sociaux, etc.), l'adéquation des mesures en la matière devait faire l'objet d'un contrôle permanent »[843]. L'arrêt *Odièvre contre France*[844] indique que la préservation d'un juste équilibre des droits n'est pas seulement le rôle du juge. Le législateur doit, identiquement, mettre en place des législations qui ne sont pas trop rigides, afin de réserver les situations où elles pourraient devenir d'une rigueur excessive et donc injustes. Pour autant, l'exigence de conciliation des intérêts privés peut s'effacer si l'intérêt général le justifie. La Cour a déclaré ne pas s'opposer pas à ce « *qu'un Etat adopte une législation qui régit des aspects importants de la vie privée sans prévoir la mise en balance des intérêts concurrents dans chaque cas individuel* » dès lors que des « *considérations d'ordre public impérieuses l'imposent* ». Peuvent ainsi être évités de « *nouveaux problèmes d'arbitraire et d'incohérence, encore plus inextricables* »[845].

249. Ces jurisprudences, qui accentuent la responsabilité des juges nationaux dans la protection des droits de l'Homme, se prêtent particulièrement aux contentieux opposant deux intérêts difficilement conciliables. Si la Cour ne donne aucune instruction sur la voie à suivre c'est que la solution est à trouver dans chaque situation par un examen minutieux des faits. La proportionnalité est un « *principe transversal* »[846] qui s'oppose à toute rigidité ou aux règles qui régissent une matière définie et dont le contenu détermine matériellement les actes à entreprendre. Il exprime « *l'une des exigences de rationalité sans laquelle un ordre qui se définit comme celui d'un Etat de droit est impensable* »[847]. Cette rationalité est atteinte par la prise en compte de toutes les circonstances particulières avant de trancher un conflit. Aussi, la proportionnalité « *participe de la constitution même du droit* »[848], elle garantit son effectivité.

---

[843] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, préc., § 125.

[844] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Odievre c. France* du 13 février 2003, préc.

[845] Cour EDH, arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006, req. n° 6339/05, § 65 ; *RTD civ*. 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud.

[846] P. Moor, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Michel Fromont*, pp. 319-341, spéc. p. 325.

[847] P. Moor, *op. cit.*, p. 322.

[848] *Ibid.* V. également, les propos de M. Villey, cités lors de l'étude de la notion de substance du droit : « *Selon l'analyse d'Aristote, le droit se découvre par observation de la réalité sociale (…). Parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes* ».

250. Il apparaît donc que pour répondre aux exigences de la Convention et de la Cour, le juge interne doit adopter la méthode de conciliation des intérêts, telle que l'utilisent les juges européens. Il doit appliquer la norme de référence selon une méthode casuistique, en établissant une étude concrète et détaillée des intérêts. La prise en considération de la diversité des circonstances permet au juge d'ajuster la règle applicable. Cette exigence est une garantie procédurale de la protection adéquate des droits qui à défaut d'être respectée peut entraîner un constat de violation. En contrôlant la méthode de pesée des intérêts effectuée dans l'ordre interne, la Cour vérifie les motifs avancés pour justifier la solution adoptée. Le juge interne doit convaincre la Cour que tous les motifs pertinents ont été pris en compte, il doit expliquer et justifier la position qu'il adopte[849]. Si tel n'est pas le cas, le constat de violation, bien que fondé sur une disposition garantissant un droit substantiel, relève en fait d'une méconnaissance d'une exigence procédurale, l'exigence prétorienne qu'est la pesée des intérêts. C'est pourquoi l'Etat ne doit pas se méprendre sur la raison véritable du constat de violation[850].

251. Ainsi, peuvent être expliquées les décisions européennes qui concluent à l'absence de proportionnalité lorsque le juge interne n'a lui-même pas appliqué ce principe dans la décision qu'il a rendue. Ces précisions éclairent également les arrêts exigeant l'intervention d'une autorité indépendante[851]. La conciliation des intérêts à laquelle la Cour aboutit procède donc directement de celle effectuée en droit interne. Si les décisions nationales ne démontrent pas que la conciliation des intérêts a été réalisée, la Cour en conclura qu'il n'y a pas eu conciliation. Le juste équilibre des droits établi par la Cour entretient donc des liens très étroits avec celui réalisé par les autorités nationales et, subséquemment, se privatise en permettant la sanction de l'intransigeance nationale.

---

[849] Cour EDH, arrêt *Dulaurans c. France* du 21 mars 2000, §§ 36-38 ; *JCP* 2000, II, 10344, note A. Perdriau ; JCP 2001, I, 291, n° 20, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2000, p. 439, obs. J.-P. Marguénaud.

[850] P. Muzny, *op. cit.*, n° 831.

[851] On peut d'ailleurs s'interroger sur cette exigence d'intervention d'une autorité indépendante. La Cour semble ainsi souhaiter qu'en certains domaines essentiels le Gouvernement n'intervienne pas trop directement.

CONCLUSION

TITRE I

252. L'élaboration de l'effet horizontal des droits de l'Homme constitue une avancée remarquable de la protection des droits de l'Homme. Certaines de ses caractéristiques n'emportent cependant pas une totale approbation. En effet, la diversité des constructions jurisprudentielles aboutissant à la diffusion horizontale des garanties européennes nuit à sa compréhension et ne semble pas nécessaire à cette extension. L'affirmation d'un principe général d'applicabilité des droits de l'Homme dans les relations privées pourrait mettre un terme à cette confusion, sans étendre pour autant les obligations de l'Etat ou le contrôle de la Cour. Par ailleurs, la résolution du litige horizontal peut apparaître complexe en raison de la configuration trilatérale de ce conflit. La subtilité réside dans l'impossibilité d'examiner le comportement individuel à l'origine de la violation et la nécessité de contrôler l'attitude adoptée par l'Etat. Néanmoins, si le juge européen ne peut raisonner comme le ferait le juge judiciaire, les méthodes du premier se rapprochent de celles du second. La prise en compte de l'intérêt de l'adversaire privé du requérant, quoique perfectible, autorise la Cour à concilier les droits de deux particuliers. L'exigence grandissante, et le contrôle subséquent, d'une adéquate pesée des intérêts dans l'ordre interne confirment cette appréciation.

253. Le rapprochement discret de l'effet horizontal indirect et de l'effet horizontal direct invite à s'interroger sur les conditions d'application de la CEDH entre personnes privées par le juge interne.

TITRE II

L'APPLICATION DE L'EFFET HORIZONTAL PAR LE JUGE INTERNE

254. « *Force est de constater que le meilleur remède dans l'absolu est, comme dans de nombreux domaines, la prévention* »[852]. Cette remarque de bon sens des juges européens s'adresse aux Etats membres et à leurs représentants. En France, le juge judiciaire, garant des libertés individuelles et compétent pour les litiges de droit privé, est le juge naturel du respect de l'effet horizontal[853]. La coopération du juge interne[854] est donc recommandée tant pour l'effectivité des droits de l'Homme que, plus prosaïquement, pour obvier à la saisine des organes strasbourgeois et donc au risque d'un constat de violation à l'encontre de la France. Aussi convient-il d'établir les modalités selon lesquelles le juge judiciaire peut prévenir une condamnation européenne. Le suivi des prescriptions européennes est évidemment requis, mais insuffisant. D'une part, la protection des droits doit être respectueuse de la sphère privée des individus, donc raisonnable. D'autre part, la Cour européenne ne se satisfait plus d'une application mécanique du droit européen. Le juge doit non seulement adopter la méthode européenne de juste équilibre des intérêts mais aussi démontrer qu'il en fait usage.

255. La prévention d'une violation individuelle dans l'ordre juridique interne peut échouer et l'affaire donner lieu à un constat de violation par la Cour de Strasbourg. Quelles sont les conséquences d'un tel constat pour le particulier ? Doit-il se contenter du versement

---

[852] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Apicella c. Italie* du 26 mars 2006, req. 64890/01, § 72.

[853] Certaines affaires peuvent cependant ne pas relever de la compétence du juge judiciaire. Ainsi dans la décision *Taieb dite Halimi*, le conflit opposait la requérante à son ex-époux qui lui refusait de faire usage du nom Halimi dans sa vie privée. La requérante avait demandé au Garde des Sceaux de lui accorder un changement de nom patronymique, mais le Ministre de la Justice refusa de faire droit à cette demande. Saisi d'un recours en annulation, le Conseil d'Etat rejeta la requête au motif que le changement aurait entretenu une confusion avec la famille de l'ex-époux ; Cour EDH, déc. *Gisèle Taieb Halimi c. France* du 20 mars 2001, req. n° 50614/99.

[854] O. de Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *RBDI* 1997, p. 21 ; G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la "bénévolance" des juges », *RSC* 2005, p. 799.

d’une éventuelle satisfaction équitable ou verra-t-il sa situation rétablie par le biais d’un réexamen de son affaire par le juge interne ? Actuellement la seconde occurrence est exclue en matière civile et cette solution n’est pas satisfaisante au regard du respect des droits de l'Homme. Il serait donc souhaitable que le droit français soit adapté afin de permettre la réouverture de la procédure interne après l’arrêt européen. Pour autant, cette évolution se heurterait à certains obstacles s’agissant de l’effet horizontal des droits de l’Homme. L’essence d’un conflit privé étant d’opposer deux particuliers, quelles seraient les conséquences d’une telle voie de recours pour la personne privée initialement partie au conflit, mais absente de la procédure strasbourgeoise ? Il sera nécessaire de répondre à ces interrogations afin de déterminer les conditions d’une adéquate application de l’effet horizontal de la CEDH en droit privé français.

256. Suivant le conseil des juges européens, il convient d’étudier les modalités de prévention raisonnable d’une condamnation européenne (Chapitre I). A défaut d’une telle prévention, la réparation effective d’une violation doit permettre le réexamen d’une décision civile après un constat de violation par la Cour européenne (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PRÉVENTION RAISONNABLE D'UNE CONDAMNATION

257. En raison du caractère subsidiaire du contrôle supranational, il appartient au juge interne d'appliquer les dispositions conventionnelles dans les litiges interindividuels. Il serait ainsi fâcheux de ne pas prendre en considération les enseignements européens parce que le respect des droits de l'Homme ne peut se satisfaire de détours constants à Strasbourg, tant s'agissant du particulier qui bénéficiera ainsi d'une protection dans des délais plus raisonnables, que de l'Etat qui verra ainsi sa réputation épargnée[855]. La conformité des relations interindividuelles aux prescriptions conventionnelles ne peut être pleinement réalisée qu'en raison d'une intégration préalable du droit européen au droit français. L'application de la CEDH aux contentieux privés repose sur l'effet direct de ce texte en droit français et sur l'autorité, plus ou moins reconnue, de la jurisprudence européenne. Une telle application est donc légitime. Elle est cependant soumise à certaines limites tenant à la nature des obligations imposées à l'Etat, lesquelles sont à la fois de résultat, de moyens et de prévention. Le juge interne doit également adopter les méthodes de résolution des conflits qui permettent une diffusion correcte de l'effet horizontal. L'application du principe de proportionnalité, tel que le conçoit la Cour européenne, est donc requise. Cependant, si le juge judiciaire doit connaître la jurisprudence européenne et s'en inspirer, il ne peut pleinement s'y fier. L'argumentation du juge national ne peut être calquée sur celle du juge européen puisque celui-ci examine les conflits entre un Etat et un individu, tandis que celui-là arbitre les contentieux interpersonnels.

258. Dès lors, afin de prévenir raisonnablement une condamnation en raison de violations commises par des particuliers, le juge doit participer à l'exécution des obligations étatiques (Section I) et résoudre les litiges privés selon la technique du juste équilibre (Section II).

---

855 M. Oreja, « Souveraineté des Etats et respect des droits de l'Homme », *in Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda,* Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1988, p. 7, spéc. p. 12.

SECTION I – L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS DE L'ÉTAT

259. Le juge national est invité, lorsqu'il participe au respect des engagements internationaux de la France, à suivre les prescriptions européennes. L'obligation première de l'Etat est d'appliquer la Convention en droit interne, y compris dans les conflits privés. Pour ce faire, les dispositions et la jurisprudence européennes doivent être applicables dans l'ordre juridique national. Le principe est admis et ne fait plus l'objet de discussions[856]. Néanmoins, la diffusion horizontale du droit européen en droit interne pouvant avoir des effets considérables, il convient d'en rappeler les fondements. L'obligation de garantir le respect de la CEDH dans les relations privées n'est cependant pas absolue. D'une part, les autorités peuvent se heurter aux réticences des individus et se voir ainsi empêchées de faire respecter les droits de l'Homme entre particuliers. D'autre part, leur intervention est restreinte par l'obligation de respecter la sphère privée des individus. Les fondements de l'application de l'effet horizontal par le juge interne, quoique connus par certains, nécessitent donc un rappel (§ I). Seront ensuite étudiées les modalités de prévention des violations individuelles en considération des limites inhérentes aux litiges horizontaux (§ II).

§ I – LES FONDEMENTS DE LA GARANTIE HORIZONTALE DES DROITS DE L'HOMME

260. Afin de pouvoir bénéficier d'un effet horizontal direct, le droit européen doit nécessairement avoir un effet direct en droit interne[857]. Quant à l'effet horizontal indirect, il ne peut être observé par le juge national que si les décisions européennes ont une autorité en droit interne. La portée de la norme européenne dans l'ordre juridique français est acquise et connue. Dès lors, les conditions de mise en œuvre de l'effet horizontal direct ne feront l'objet que d'un bref rappel (A). L'autorité de la jurisprudence supranationale, permettant au juge interne de prendre en considération l'effet horizontal indirect, nécessite un examen plus approfondi (B).

---

[856] Le débat s'ordonne désormais autour de la question de la réouverture de la procédure nationale après un constat de violation, V. Chapitre II, *infra*.

[857] V. Introduction.

A/ LE RECOURS A L'EFFET HORIZONTAL DIRECT

261. La règle est dite directement applicable lorsque, puisée dans un autre ordre juridique que celui dans lequel son application est demandée, elle se prête à pareille mise en œuvre par les autorités chargées de l'appliquer, sans que l'adoption de mesures complémentaires d'exécution soit requise[858]. C'est la possibilité offerte à un individu de faire valoir, devant une juridiction étatique ou devant une autorité administrative, un droit que lui confère la Convention[859]. Une influence horizontale de la CEDH en droit interne ne peut faire l'économie du caractère directement applicable de la norme européenne. Afin d'être directement applicable, la règle internationale doit à la fois révéler l'intention des rédacteurs en faveur d'un effet direct et être rédigée de façon suffisamment précise pour être appliquée dans l'ordre juridique interne[860]. L'ensemble de ces exigences doit être examiné tant au regard des attentes européennes (1) que des réponses apportées dans l'ordre juridique français (2).

1/ Les exigences européennes

262. Les prescriptions conventionnelles relatives aux conditions d'intégration du droit européen dans les ordres juridiques internes des Etats membres sont inexistantes. Le texte de 1950 n'impose effectivement aucune conduite nationale aux Parties contractantes. La jurisprudence européenne ne semble pas démentir les rédacteurs puisqu'elle constate au contraire que « *ni l'article 13 ni la Convention en général ne prescrivent aux Etats contractants une manière déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument* »[861]. Pourtant, il est manifeste que le respect des

---

[858] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 119.

[859] P. Mayer, « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme », *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (Dir.) *Libertés et droits fondamentaux, Introduction, textes et commentaires*, Paris, Seuil coll. Essais, 2ème éd., 2002, pp. 303-318, spéc. p. 303.

[860] F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 11ème éd., 2005, p. 33, spéc. n° 70-71.

[861] Cour EDH, *affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976, série A n° 20, § 50 ; *CDE* 1978, p. 344, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1976, p. 122, chron. R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *JDI* 1976, p. 706.

garanties européennes ne peut résulter du seul contrôle supranational. C'est pourquoi, conscients des insuffisances du texte européen, les juges strasbourgeois incitent les Etats à « combler cette lacune », étant donné qu'il n'existe selon eux « *aucun doute sur ce qu'il est souhaitable de permettre cette intégration pour éviter une inégalité de traitement entre les destinataires des dispositions de la Convention* »[862]. En ce sens, la Cour européenne, sans pour autant préciser les modalités d'application de la Convention par les Etats membres, décerne des *satisfecit* aux Etats ayant incorporé le texte de Rome dans leur ordre juridique. Ainsi, elle considère que l' « *intention (des auteurs de la Convention) se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été intégrée à l'ordre juridique interne* »[863].

263. Nonobstant l'absence de précision quant aux modes d'insertion des dispositions conventionnelles, l'objet de la Convention européenne, la protection des droits de l'Homme, lui confère une nature particulière, objective, favorisant une applicabilité directe des garanties reconnues[864]. Cet effet constitue toutefois une exception en droit international[865] et doit ressortir de l'intention exprimée par les rédacteurs. L'article premier de la CEDH[866] tel qu'interprété par la Cour européenne[867], apporte l'assise exigée. Une position inverse ne

---

[862] Avis sur le projet de programme du Conseil de l'Europe dans le domaine des droits de l'Homme (Cour, 1974, 30), cité par G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, PUAM, Economica, Paris, 1989, p. 242.

[863] Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239. Le silence du texte originel quant à l'intégration de la Convention et principalement l'absence d'exhortation jurisprudentielle peuvent se justifier en raison des conséquences qu'emporterait une position inverse. Si la Cour européenne exigeait l'applicabilité directe de la Convention, se poserait inéluctablement la question de la légitimité d'une telle affirmation et d'une manière générale de l'organe de contrôle européen. De même, l'applicabilité directe obligatoire amoindrirait la nécessité d'un contrôle supranational puisque les autorités internes auraient vocation à remédier aux violations constatées, aboutissant ainsi à renforcer la subsidiarité du contrôle européen ; O. De Schutter, obs. sous Cass. (1ère ch.), 6 mars 1986, *in* O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Les grands arrêts de la jurisprudence belge, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 63-77, spéc. p. 74-75.

[864] F. Sudre, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre juridique interne », *RTDH* 1991, pp. 259-274, spéc. p. 259.

[865] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 41.

[866] « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

[867] La Cour européenne déduit de la formulation de l'article premier de la Convention qu' « *en substituant le mot "reconnaissent" à s'"engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement*

pourrait pas se concilier avec le dessein d'effectivité des droits garantis[868], qui irradie la jurisprudence européenne. Les juges strasbourgeois semblent même considérer que toutes les dispositions conventionnelles sont aptes à être directement applicables par les Etats parties[869]. En outre, la nature objective de la Convention permet d'éluder les clauses de réciprocité[870]. La Commission européenne des droits de l'Homme a rapidement souligné cette spécificité[871], appréciation qui fut confirmée par la Cour lors de l'affaire interétatique opposant l'Irlande au Royaume-Uni[872]. La position des instances européennes est d'ailleurs conforme au droit général des traités, la Convention de Vienne spécifiant qu'une violation, même substantielle, par un Etat contractant de « *dispositions relatives à la protection de la personne humaine* » n'autorise pas les autres Parties à mettre fin au traité ou à suspendre son application[873]. Le caractère objectif des conventions relatives aux droits de l'Homme conduit dès lors à mettre à l'écart le jeu des clauses de réciprocité, condition pourtant inscrite dans la Constitution

---

reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants », Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239.

[868] La Convention a « *pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* », Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 24 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre.

[869] V. Coussirat-Coustère, « Convention européenne des droits de l'Homme et droit interne : primauté et effet direct », *in La Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de la journée de Lille du 16 novembre 1991*, Bruxelles, Nemesis, 1992, pp. 11-23, spéc. p. 14 ; Cour EDH, arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, série A n° 214-C, § 25 ; *RTDH* 1992, p. 211, obs. F. Rigaux ; G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrétien, 3ème éd., 2002, pp. 58-59.

[870] La CEDH s'impose en effet aux Etats signataires en raison « *des engagements pris à l'égard des personnes bénéficiaires* » et non *« à titre de contrepartie des droits consentis par les autres Etats signataires* », L. Dubouis, « La portée des instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme dans l'ordre juridique français », *in* E. Smith (éd.) *Les droits de l'Homme dans le droit national en France et en Norvège*, Economica, 1990, p. 139.

[871] « *Les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* » ; Décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60.

[872] « *A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective"* » ; Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239.

[873] Article 60 § 5 Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ; CIJ, avis sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, Rec. 1951, p. 23 ; N. Quoc Dinh, P. Daillet et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 7ème éd., 2002, n° 65.

française. Les positions européennes ne préjugent en effet pas de la portée qui sera accordée à la Convention en droit interne[874], celui-ci étant dicté par les dispositions constitutionnelles des Etats membres[875]. En conséquence, il convient de rappeler les solutions internes à l'origine de l'effet direct de la Convention en droit français et donc de l'effet horizontal direct.

2/ Les réponses nationales

264. Les conditions d'intégration des engagements internationaux en droit français sont fixées par l'article 55 de la Constitution[876]. Conformément aux principes internationaux régissant les traités de caractère humanitaire et à la position suggérée par la jurisprudence européenne[877], l'application de la CEDH ne saurait être soumise à une condition de réciprocité ; cette solution, admise par la doctrine française[878], est également suivie par les juridictions internes[879]. Il en résulte une incorporation directe de la Convention au droit

---

[874] Il est considéré « *qu'indépendamment de ce que pensent les spécialistes du droit international, ce sont les institutions du droit interne qui donnent à la question de la mise en œuvre du droit son aspect le plus concret* », P.-M. Martin, *Les échecs du droit international*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1996, p. 59. V. également J.-F. Burgelin et A. Lalardrie, « L'application de la Convention par le juge judiciaire », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 145, spéc. p. 147.

[875] F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 11ème éd., Dalloz, 2005, p. 33, spéc. n° 69.

[876] « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

[877] V. *supra*.

[878] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n° 41 ; R. Abraham, « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », *RUDH* 1991, p. 277 ; P. Cassia et E. Saulnier, « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 1997, pp. 411-420, spéc. p. 412.

[879] La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la mise à l'écart de la clause de réciprocité lors de l'affaire Jacques Vabre : « *les manquements d'un Etat membre de la C.E.E. aux obligations qui lui incombent en vertu du Traité du 25 mars 1957 étant soumis aux recours prévus par l'art 170 dudit traité, l'exception du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales* », Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, ; *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. A. Touffait ; *JDI* 1975, 801, note Ruzié ; *AJDA* 1975, p. 567, note J. Boulouis ; *AFDI* 1976, p. 867, chron. J.-F. Lachaume ; *RDP* 1975, p. 1335, note L. Favoreu et L. Philip ; *RGDIP* 1976, p. 690, note C. Rousseau ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; La position de la Cour de cassation, relative au droit communautaire, est considérée comme applicable à la CEDH ; F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », *préc.*, p. 40 ; J. Rideau,

interne, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire d'adopter une norme de transposition spéciale après l'approbation ou la ratification, puis la publication du traité et de ses protocoles additionnels.

265. La règle internationale doit néanmoins présenter deux qualités. Elle doit exprimer l'intention des rédacteurs de créer directement des droits en faveur des particuliers. La formulation explicite de l'article 1 a permis d'interpréter aisément la volonté des Etats signataires en ce sens, évitant ainsi toute controverse en droit interne[880]. Les dispositions européennes doivent en outre énoncer des règles suffisamment claires et précises, dans leur forme et leur objet, afin de pouvoir être invoquées sans qu'une mesure préalable ait été adoptée pour élucider leur contenu. Cette qualité de limpidité est principalement appréciée par le juge interne, en considération du contexte juridique dans lequel l'application doit avoir lieu[881]. Le juge judiciaire français admet l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'Homme en droit interne depuis l'arrêt *Respino* rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 2 juin 1975[882]. La règle internationale directement applicable doit enfin

---

« Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », in *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Rapports français au IIème Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit constitutionnel, Paris - Aix-en-Provence, 31 août - 5 septembre 1987, Economica, PUAM, 1987, pp. 205-248, spéc. p. 239.

[880] F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », *préc.*, n° 71 ; La Cour de cassation française a cependant dû intervenir pour qualifier « d'erronée » une assertion des juges du fond selon laquelle « *l'article 55 de la Constitution confère aux Conventions internationales conclues par l'Etat français une autorité supérieure à celles des lois internes que sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie et tel n'est pas le cas de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui ne constitue qu'une déclaration d'intention à l'égard des Etats signataires* », C.A. Bordeaux, 23 octobre 1987, *Lalanne Sutter*, *Lexi-laser cassation*, souligné par nous ; Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, *Lalanne Sutter*, *Lexi-laser cassation*.

[881] O. De Schutter, *op. cit.*, p. 123.

[882] *Bull. crim.* n° 141, p. 382. V. également Cass. Crim. 30 juin 1976, Glaeser-Touvier, *Bull.* n° 236 ; *JCP* 1976, II, 18435 rapp. Mongin ; *D.* 77 p. 1, note P. Coste-Floret ; ce dernier arrêt est présenté par le Bâtonnier L. Pettiti comme « *la première affirmation de principe par la Cour suprême de la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention* », L. Pettiti, « L'applicabilité directe de la Convention en droit français », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1980, p. 60 ; la première formation non pénale de la Haute juridiction a avoir statué sur le fondement de la CEDH est la Chambre commerciale, Cass. com. 17 mars 1981, *Bull. civ.* IV, n° 147, p. 115. La doctrine paraît divisée sur le caractère précis de certaines dispositions. Ainsi l'applicabilité directe de l'article 13, relatif à l'octroi d'un recours effectif, suscite quelques difficultés ; J.-F. Flauss, « Le droit à un recours effectif, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RUDH* 1991, p. 324 ; on peut également s'interroger sur le caractère précis de l'article 3 du protocole n° 1 qui prescrit l'organisation d'élections libres « à des intervalles raisonnables ». A l'inverse, sur la possibilité d'un

bénéficier d'une place dans la hiérarchie des normes lui permettant d'être invoquée comme source d'un droit propre[883]. L'article 55 de la Constitution lui confère expressément un rang supra-législatif et infra-constitutionnel. Cette situation permet à la règle européenne de primer l'ensemble des actes juridiques privés. Après quelques atermoiements, la primauté des traités sur les lois françaises, même postérieures, a été pareillement admise par les juridictions judiciaires[884] et administratives[885]. Les juges du fond n'hésitent d'ailleurs pas à recourir à la CEDH afin d'écarter une loi interne, pourtant postérieure[886].

266. Le juge judiciaire français est ainsi en mesure, grâce à l'effet direct de la CEDH, d'appliquer les garanties européennes aux litiges impliquant des personnes privées. Les prémisses de l'implantation de l'effet horizontal en droit français apparaissent dès 1990, lorsque la première Chambre civile de la Cour de cassation accepta de fonder la condamnation d'un organe de presse pour atteinte au respect de la vie privée sur l'article 8 du texte européen[887]. Le recours à la Convention pour l'examen des contentieux privés, autrefois effectué avec parcimonie, est désormais chose courante. Ainsi, il est acquis que les clauses de contrat peuvent être contrôlées au regard des principes européens, qu'il s'agisse d'un contrat de bail[888] ou d'un contrat de travail[889]. Par ailleurs, l'ampleur de la jurisprudence européenne,

---

effet direct des titres II, III, IV et V de la Convention, relatifs à la procédure devant la Cour de Strasbourg, v. R. Abraham, « Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'Homme » *in* H. Fulchiron (Dir.) *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Actes des journées de travail organisées à Lyon les 14 et 15 novembre 1997*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 39-49, spéc. p. 41.

[883] O. De Schutter, *op. cit.*, p. 120.

[884] Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *préc.* ; P. Estoup, « La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge français », *Gaz .Pal.* 1990, I, pp. 110-115, spéc. p. 112.

[885] Cons. d'Etat Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *JCP* 1989, II, 21371, concl. P. Frydman ; *RFDA* 1989, 813, concl. P. Frydman, note B. Genevois ; *D* 1990, p. 135, note Sabourin ; *JDI* 1990, p. 105 ; *RCDIP* 1990, p. 125, concl. P. Frydman, note P. Lagarde.

[886] T.G.I. Paris 27 janvier 1987, *Droit social* 1987, p. 469 ; il s'agissait de l'article L.122-14-4 du Code du Travail. Sur ce point, V. Partie II, Titre I, Chapitre II, *infra*.

[887] Cass. Civ. 1ère 23 octobre 1990, *Bull.* I, n° 222, p. 158 ; Une autre illustration de l'application horizontale de la Convention a été effectuée par la confrontation d'une indemnité d'éviction due en cas de non-renouvellement du bail commercial et de l'article 1 du protocole additionnel, Cass. Civ. 3ème 27 février 1991, *Bull.* III, n° 67, p. 39.

[888] Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1996, *Mel yedei* ; *RTD civ.* 1996, p. 580, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1996, p.1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1996, I, 3958, obs. Ch. Jamin ; *JCP* 1997, II, 22764, note Nguyen Van Tuong ; *D* 1997, p. 167, note B. de Lamy ; Cass. Civ. 3ème, 22 mars 2006, pourvoi n° 04-

l'importance des interprétations délivrées et des précisions apportées par le juge de Strasbourg conduisent à s'interroger sur leur valeur en droit interne et sur leur prise en considération par les juges judiciaires, élément indispensable pour une diffusion horizontale de la CEDH réellement conforme aux exigences européennes. Il s'agit alors du fondement de l'application de l'effet horizontal indirect.

B/ L'APPLICATION DE L'EFFET HORIZONTAL INDIRECT

267. L'application de la CEDH dans les ordres juridiques nationaux inclut-elle celle de la jurisprudence rendue par la Cour européenne[890] ? L'Etat, ou plus précisément le juge interne, est-il lié par l'ensemble des interprétations délivrées à Strasbourg, quel que soit l'Etat stigmatisé ? Quid de l'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique[891] ? Le texte de 1950 est silencieux quant à l'existence d'une obligation de prendre

---

19.349, *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, obs. E. Garaud ; *Loyers et copropriété* 2006, comm. 93, note B. Vial-Pedroletti ; *Revue des loyers* 2006, p. 287, obs. J. Remy.

[889] Par exemple, Cass. soc. 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac*, *D.* 1999, jur., p .645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

[890] R. Kovar, « L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection », *RDH* 1973, p. 685 ; G. Ress, « Effets des arrêts de la Cour EDH en droit interne et pour les tribunaux nationaux », in *Actes du 5ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, Francfort, 9-12 avril 1980, Paris, Pedone, 1982, pp. 235-313 ; J. Velu, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : Vues de droit comparé sur des évolutions en cours », *in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527-562 ; du même auteur, « Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne*, *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1511, spéc. p. 1520 et s. ; G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, pp. 39-64 ; A. Drzemczewski, « L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *30ème colloque : La protection des droits de l'Homme dans le cadre international,* Strasbourg, 29-31 mai 1997, pp. 42 et s. ; O. De Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *RBDI* 1997/1, pp. 21-68 ; E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, Préf. J.-F. Flauss, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; C. Defigier, H. Pauliat, V. Saint-James, A. Sauviat, « L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », in J.-P. Marguénaud (Dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français,* Mission de recherche « Droit et justice », Paris, La Documentation française, 2001, pp. 11-73.

[891] J. Velu, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme…», *op. cit.*, p 528.

en considération les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg. Néanmoins, la saisine éventuelle du juge européen par un particulier accroît l'intérêt qu'ont les autorités internes d'observer les décisions supranationales. Ainsi, au silence de la Convention répond la menace d'intervention du juge européen.

268. Aux termes de l'article 46 de la Convention, « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* », sous le contrôle du Conseil des Ministres, qui en surveille l'application[892]. Trois remarques s'imposent. La première, relative à la formulation du paragraphe 1er ; on sait que la Cour a pu arguer du libellé de l'article 1 de la CEDH pour dégager une interprétation favorable à l'applicabilité directe de la Convention[893]. Or, l'article 46 précise que les Etats « *s'engagent à se conformer* » et n'impose pas qu'ils se plient aux décisions rendues ; le caractère obligatoire de la décision européenne paraît donc limité. Le deuxième constat s'effectue sur les destinataires des arrêts puisque seuls sont visés les Etats parties aux litiges. Il s'ensuit une conception restrictive de la force obligatoire des arrêts. Enfin, la troisième remarque, également limitative de l'autorité de la jurisprudence européenne, résulte de l'absence de sanction en cas de non-exécution de l'arrêt, l'absence de toute mesure coercitive. Dès lors, doit-on déduire de la lettre de l'article 46 l'exclusion d'une autorité des arrêts de la Cour dans l'ordre juridique des Etats membres ?

269. Leur caractère obligatoire « de fait » a été démontré par la Cour européenne à l'occasion de deux arrêts rendus à l'encontre de la Belgique. Le premier, délivré en 1979[894], avait dénoncé les conséquences d'une législation applicable à l'enfant naturel. Après cette condamnation, la Cour de cassation belge avait refusé de modifier sa jurisprudence, la solution européenne ne rendant pas obligatoire, selon elle, l'élaboration d'un régime conforme à la CEDH. Le second arrêt européen, relatif au litige examiné par la juridiction suprême

[892] Article 46 § 2 : « *L'arrêt définitif est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution* ». Suite à l'adoption du Protocole n° 11, cet article est désormais annoncé par l'intitulé « *Force obligatoire et exécution des arrêts* ».

[893] Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239.

[894] Cour EDH, arrêt *Marckx c. Begique* du 13 juin 1979, série A n° 31 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

belge, intervenu douze années plus tard[895], a permis à la Cour d'affirmer que l'engagement d'une réforme par les autorités nationales et l'attente de son aboutissement ne sauraient leur permettre de suspendre le respect de la Convention. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Grant contre Royaume-Uni* du 23 mai 2006[896]. Les juges européens ont considéré qu'à partir du moment où l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*[897] avait été rendu, rien ne justifiait plus l'absence de reconnaissance du changement de genre des transsexuels opérés. Alors même que le Royaume-Uni avait adopté une législation en ce sens, le requérant conservait la qualité de victime puisque la loi n'était pas entrée en vigueur. Les juridictions nationales sont donc soumises aux arrêts de la Cour qui, de fait, bénéficient d'un caractère obligatoire[898]. Néanmoins doit-on en déduire que cette qualité ne s'adresse qu'aux Etats parties à l'affaire ?

270. A la lecture de l'article 46 de la Convention, il semble que l'autorité de la chose jugée à Strasbourg est circonscrite au litige examiné et à l'Etat mis en cause. Pourtant, l'autorité des arrêts de la Cour n'est plus seulement relative. En effet, elle dépasse la stricte relation contentieuse pour s'étendre à l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe. Tout d'abord, il convient de relever que les condamnations délivrées contre un Etat servent inéluctablement de référence aux autres Etats, pourtant non mis en cause. N'est-il pas de pure logique que d'examiner la jurisprudence supranationale afin de se figurer les législations ou pratiques qui ne résisteraient pas à une confrontation avec les interprétations données à Strasbourg ? Il s'agit là d'une référence et d'une indication pour les Etats contractants qui apparaissent peu coûteuses au regard d'une condamnation[899]. Un constat de violation

[895] Cour EDH, arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, série A n° 214-C, § 26 ; *RTDH* 1992, p. 211, obs. F. Rigaux.

[896] Cour EDH, arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006, req. n° 32570/03.

[897] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. n° 28957/95 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. Carillon ; *GACEDH* n° 42.

[898] Le caractère obligatoire de l'arrêt doit être nuancé depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 ; En effet, l'arrêt rendu ne devient définitif et donc obligatoire que dans trois situations limitativement énumérées par l'article 44 § 2. Sur la nature de l'arrêt faisant l'objet d'un renvoi, v. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 7ème éd., 2005, n° 339.

[899] V. J.-F. Flauss, « le contentieux de la satisfaction équitable devant les organes de la Convention européenne des droits de l'Homme. Développements récents », *Europe* 1992, p. 1 ; Du même auteur, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour

prononcé à l’encontre d’un Etat peut servir d'enseignement et permettre à un Etat tiers au litige de rectifier discrètement son comportement, avant que la violation supposée ne soit exposée sur l’agora européenne[900]. L’exemplarité n’est toutefois, elle aussi, que relative. L'absence de prise en compte d'une décision européenne n'entraînant pas *ipso facto* un constat de violation de la Convention, il appartient à chaque Etat d’en tirer ou non les conséquences.

271. Ensuite, la Cour elle-même a reconnu une autorité interprétative à ses arrêts qui « *servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* »[901]. Cette affirmation a d'ailleurs été mise en application au détriment de l'Etat chypriote ; les juges européens ont pu lui reprocher de ne pas avoir tiré les conséquences d'un arrêt stigmatisant une législation britannique dont l'objet était d'ériger en délit pénal les relations homosexuelles entre adultes consentants[902]. En conséquence, l'autorité des arrêts de la Cour a été qualifiée d'autorité de la chose interprétée[903], c'est à dire « *une autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention* »[904], le fondement conventionnel étant l'article 32 de la CEDH. Le paragraphe premier de cette disposition précise en effet que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes*

---

européenne des droits de l’Homme, A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *D.* 2003, pp. 227-230.

900 En raison principalement du droit de recours individuel prévu par l'article 35 CEDH.

901 Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 154. La Cour a également décidé, alors que le requérant était décédé, que la requête ayant trait à une importante question d’intérêt général, son examen contribuerait à préciser, garantir et développer les normes de protection prévues par la Convention ; la requête portait sur l’exclusion de la transmission d’un bail au survivant d’un couple homosexuel et la Cour a conclu à une violation de l’article 14 combiné avec l’article 8 ; Cour EDH, arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, req. n° 40016/98 ; *RTD civ.* 2003, p. 764, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, p. 785, obs. A. Debet ; *JCP* 2004, I, 107, n° 18, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2005, p. 663, obs. Ph. Frumer.

902 Cour EDH, arrêt *Dugeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, § 60-61 ; *JDI* 1982, p. 185, chron. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 41 ; Cour EDH, arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, série A n° 259 § 20-24 ; *JDI* 1994, p. 788, obs. P. Tavernier.

903 J. Boulouis, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, pp. 149-162.

904 J. Velu, « Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention européenne », in Conseil de l'Europe, *6ème colloque international sur la CEDH*, Séville, 1985, ronéo, p. 50.

les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47 ». L'interprétation européenne s'impose donc aux Hautes Parties contractantes[905] et aux organes nationaux chargés d'appliquer la Convention[906]. En ce sens, lors du très remarqué arrêt *Pla et Puncernau*[907], la Cour européenne a mis en garde les juridictions nationales qui oseraient encore ne pas observer les précieuses prescriptions strasbourgeoises. Enfin, la jurisprudence récente et la technique de l'arrêt « pilote »[908] démontrent que la Cour « *déborde de sa compétence de rendre des arrêts déclaratoires* »[909].

272. Le principe de l'autorité de la chose interprétée à Strasbourg a été reconnu par les juridictions judiciaires françaises[910], le juge national n'hésitant pas à soulever d'office un moyen tiré de la jurisprudence européenne[911]. Pourtant, la prise en compte des décisions

---

[905] Cette soumission des Etats, sujets de droit, résulte du fait « *d'une part que l'existence de sanctions infligées par une autorité extérieure aux sujets de droit caractérise le phénomène juridique, d'autre part que la jurisprudence est une source de droit* » P. Mayer, *op. cit*. p. 259.

[906] I. S. Delicostopoulos considère que l'autorité des arrêts de la Cour européenne doit être qualifiée d' « *autorité du précédent* » : « *l'autorité du précédent constitue le soutien nécessaire à la fonction interprétative afin d'établir la force juridiquement obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme au-delà du cas d'espèce. L'autorité de la chose interprétée est une solution imparfaite en partie parce qu'elle provient d'une transposition inexacte de la notion d'autorité de la chose interprétée telle qu'elle a été explicitée par la doctrine communautaire afin de répondre à des questions propres au droit communautaire dans un contexte juridique différent* », *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. S. Guinchard, LGDJ, 2003, n° 174 et s., spéc. n° 197.

[907] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie ; le juge interne ne doit pas « *oublier de conférer à la disposition testamentaire le sens le plus conforme avec le droit interne et avec la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour* » , § 62.

[908] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. n° 31443/96 ; *RTDH* 2005, p. 203 obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI* 2005 p. 544, obs. P. Tavernier ; *RRJ* 2005, p. 914 note F. Lazaud ; *GACEDH*, n° 71, comm. J ; Andriantsimbazovina.

[909] Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n° 340, p. 620.

[910] Cass. Civ. 1ère, 10 janvier 1984, *Renneman*, *JCP* 1984, II, 20210, concl. M. Gulphe ; La Cour se réfère à l'article 6 § 1 de la CEDH « *tel qu'interprété par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 23 juin 1981* ».

[911] Par exemple Cass. Crim., 18 mars 1986, *Gardeil*, *D.* 1988, p. 568.

strasbourgeoises reste erratique[912] et protéiforme, oscillant entre une référence expresse et une fonction inspiratrice[913]. Quelles que soient les modalités employées[914], il est souhaitable que les interprétations européennes soient observées par les juridictions nationales, c'est à dire étudiées et respectées. Il ne s'agit pas d'effectuer une transposition mécanique des arrêts de la Cour mais d'adopter le raisonnement qui les sous-tend[915]. L'étude des décisions supranationales exige une certaine vigilance des magistrats nationaux en l'absence de procédure de recours préjudiciel. La diffusion des arrêts européens sur Internet[916], par le biais des circulaires du ministère de la justice[917], par une évocation dans le *Bulletin d'information*

---

[912] J.-P. Marguénaud, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », *in* F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 230-249 ; J. Vailhe, « L'application de la CEDH et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises », *RTDH* 1999, pp. 235-252.

[913] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*

[914] Il est possible de considérer que le caractère exprès ou tacite de la référence à la jurisprudence européenne constitue une question de forme accessoire, l'essentiel étant la prise en compte et le respect des garanties européennes, c'est à dire leur effectivité.

[915] G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la "bénévolance" des juges », *RSC* 2005, p. 799, spéc. p. 813. De même, tous les arrêts ne sont pas transposables en raison de la différence entre les systèmes juridiques ou plus simplement de la conformité du droit français au droit européen. Comp. les arrêts *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 (série A n° 31) et *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991 (série A n° 214-C) qui procuraient de précieux indices sur l'inconventionnalité du droit français quant aux discriminations instaurées au détriment de l'enfant adultérin. Une partie de la doctrine avait d'ailleurs pressenti la solution rendue lors de l'arrêt *Mazureck* du 1er février 2000 : J.-P. Marguénaud, *RTD Civ.* 1999, pp. 497-498.

[916] Néanmoins, il faut souligner d'une part, la profusion des arrêts et le caractère temporaire de certains d'entre eux en raison de la nouvelle procédure instituée par le protocole n° 11, d'autre part, l'absence de généralisation de ce mode de communication au sein des juridictions. De même, en raison de restrictions budgétaires, les arrêts de la Cour européenne ne font plus immédiatement l'objet d'une double traduction, en français et en anglais.

[917] Le Bureau des droits de l'Homme du service des affaires européennes et internationales du Ministère de la Justice diffuse, à destination des magistrats, des notes d'information relatives au contentieux des droits de l'Homme se décomposant de la manière suivante : un rappel de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne, un résumé et un commentaire de l'affaire, objet de la note d'information, et enfin, une bibliographie sur le droit européen des droits de l'Homme. Les informations fournies par la Chancellerie se limitent toutefois aux arrêts rendus contre la France. La première, diffusée le 12 janvier 1999, concernait l'arrêt *Lambert c. France* du 24 août 1998. Ont également, par exemple, fait l'objet d'une note d'information les arrêts *Fressoz et Roire c. France* du 21 janvier 1999, *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999 ou *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999.

de la Cour de cassation[918] ou enfin grâce à la création d'un Observatoire du droit européen au sein du Service de documentation et d'étude de la Cour de cassation[919] constituent des évolutions en faveur d'une meilleure prise en compte du droit européen. Même si celle-ci demeure perfectible[920], toutes les conditions sont réunies pour l'application de la Convention et de la jurisprudence européennes dans les relations entre personnes privées. La diffusion de la CEDH en droit interne comporte cependant certaines limites inhérentes au caractère privé des contentieux horizontaux.

§ II – LES LIMITES DE LA GARANTIE HORIZONTALE DES DROITS DE L'HOMME

273. L'effet horizontal des droits de l'Homme entraîne un accroissement des obligations étatiques ainsi qu'une évolution de leur nature. Il engendre, selon l'expression du Doyen Gérard Cohen-Jonathan, « *une novation "qualitative" de la nature des obligations mises à la charge des Etats* »[921]. L'étude de la nature des obligations étatiques dans le domaine des relations de droit privé doit permettre de préciser les conditions d'exécution de ces obligations par le juge interne. Ainsi, peut-on affirmer que l'Etat a une obligation de résultat de faire respecter les droits de l'Homme entre personnes privées et qu'une violation privée engage *ipso facto* sa responsabilité ? A l'inverse peut-on avancer qu'il n'a qu'une

[918] Conscients de l'importance de l'interprétation européenne, le premier Président et le Procureur général de la Cour de cassation ont indiqué à l'adresse de l'ensemble des magistrats que « *l'ordre juridique, à l'élaboration et à l'amélioration duquel nous travaillons tous, ne se forge plus exclusivement à l'intérieur des frontières nationales* », *Bulletin d'information de la Cour de cassation* du 1er mars 1991.

[919] Créé en 2002, cet Observatoire est composé d'un magistrat, d'un greffier en chef et de deux assistants de justice. Il a pour mission d'apporter aux magistrats de l'ordre judiciaire une assistance juridique leur permettant d'identifier les difficultés d'application de la CEDH et du droit communautaire. Il assure une veille jurisprudentielle et doctrinale, permettant d'informer régulièrement les magistrats et accessible sur le site intranet de la Cour de cassation ; *Bulletin d'information de la Cour de cassation* du 15 mai 2005, n° 619.

[920] Pour un plaidoyer en faveur d'une meilleure diffusion des arrêts européens, V. J.-F. Burgelin et A. Lalardrie, « L'application de la Convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruylant, Buxelles, 1999, pp. 145-163 ; J. Vailhé, *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Ministère de la justice, Université Paris I, janvier 1998.

[921] G. Cohen-Jonathan, « Abus de droit et libertés fondamentales », *in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis,* Dalloz, 2002, p. 517, spéc. p. 536.

obligation de moyens en ce domaine et que sa responsabilité sera établie dès lors que son comportement est inadéquat ? L'étude de la jurisprudence européenne démontre qu'il est impossible de définir les obligations de l'Etat à l'aide de la seule distinction française entre obligation de moyens et obligation de résultat, à laquelle répond imparfaitement la classification internationale entre obligation de comportement et obligation de résultat. Une classification binaire ne peut pleinement rendre compte de la nature des obligations étatiques en raison de la présence concomitante d'obligations de prévention des violations individuelles. Au surplus, l'influence du comportement individuel exclut un respect absolu des dispositions conventionnelles (A). Pareillement, les mesures préventives requises des organes de l'Etat sont limitées par l'exigence de respect de la sphère privée des individus (B).

A/ UNE OBLIGATION DE RÉSULTAT EXCLUE PAR L'INFLUENCE DU COMPORTEMENT INDIVIDUEL

274. Depuis l'affaire linguistique belge, il est acquis que l'Etat doit fournir des prestations positives aux personnes se trouvant sous sa juridiction afin d'assurer le respect des droits garantis[922]. Il a l'obligation de ne pas « *se borner à rester passif* »[923] et d' « *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »[924] garantis par la Convention. De même, il doit parer à tout événement puisqu'un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique[925]. Enfin, si la Convention énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique

---

[922] Cour EDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, 23 juillet 1968, série A n° 6, § 3 ; *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, § 31 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

[923] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 25 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre.

[924] Cour EDH, arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, série A n° 172, § 41. *JDI* 1991, p. 774, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. Flauss.

[925] Cour EDH, arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, § 26 ; R. Pelloux, « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, pp. 330-339 ; *GACEDH*, n° 25, comm. A. Gouttenoire. Le requérant, détenu, se heurtait à la nécessité d'obtenir une autorisation ministérielle afin de pouvoir communiquer avec son avocat.

ou social[926] ; ce qui peut requérir de la part de l'Etat la consécration de moyens budgétaires nécessaires à l'effectivité des droits[927]. Les obligations imposées aux Etats sont variées mais ne sont pas organisées selon une classification permettant d'en déterminer la nature et de connaître *a priori* les conditions de leur mise en œuvre.

275. Les instances strasbourgeoises n'ont jamais adopté une classification exhaustive des obligations étatiques selon leur nature. Hormis quelques précisions jurisprudentielles ponctuelles, rien ne permet d'affirmer que les Hautes Parties contractantes ont une obligation de résultat de faire respecter les droits de l'Homme dans les relations interindividuelles ou, qu'à l'inverse, il pèse sur elles de simples obligations de moyens. La Cour européenne ne fait aucune distinction catégorique entre obligation de moyens et obligation de résultat. Si elle évoque parfois les obligations de moyens, sa jurisprudence ne permet pas de savoir quel sens elle accorde à cette notion. En effet, les conceptions nationales et internationales de ces obligations diffèrent. Il importe de les présenter successivement afin de préciser la nature des obligations étatiques intéressant les relations de droit privé.

276. Le droit international distingue d'une part, l'obligation d'adopter un « *comportement déterminé* » astreignant l'Etat à suivre une conduite précise afin d'obtenir un résultat, d'autre part, l'obligation d'assurer un « *résultat déterminé* » réservant à l'Etat le choix des moyens[928]. Dans le premier cas, l'illicéité est constituée *de facto* par la poursuite d'un

---

[926] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 26, préc. ; en l'espèce, la requérante ne pouvait obtenir un accès effectif aux tribunaux faute de ressources suffisantes pour obtenir l'assistance d'un avocat, et de l'absence d'un système d'aide judiciaire. Le gouvernement irlandais arguait du fait qu'il ne faut pas « *interpréter la Convention de manière à réaliser dans un Etat contractant des progrès économiques et sociaux* » qui ne peuvent être graduels (§ 26).

[927] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 312.

[928] Jusqu'en 2001, la Commission de Droit international retenait une telle distinction. L'article 20 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats précisait qu' « *il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation* » ; L'article 21 § 1 ajoutait qu' « *il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation* », Projet d'article de la CDI sur la responsabilité des Etats (1996) ; J. Salmon (dir), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, V° Obligation de comportement et Obligation de résultat. Cette distinction a disparu dans le rapport adopté en 2001, mais conserve « *une valeur pratique et explicative qui la rend indispensable* », J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 6ème éd., Montchrétien coll. Domat,

comportement différent de celui qui était requis, dans le second, elle est réalisée par un cumul d'agissements aboutissant à un résultat en contradiction avec celui exigé. La présentation établie suscite cependant des interrogations[929]. En premier lieu, la jurisprudence internationale ne reprend pas cette distinction doctrinale[930]. En second lieu, la dichotomie ne se laisse pas facilement saisir. En effet, plus qu'une différence de degré dans l'obligation, il s'agirait d'une différence de degré dans la marge de manœuvre laissée à l'Etat pour l'exécution de l'obligation[931], l'obligation de comportement étant plus contraignante que l'obligation de résultat[932].

277. Le droit international distingue en fait les règles selon leur degré de précision et selon leur corollaire, la marge nationale d'appréciation laissée aux Etats débiteurs de l'obligation[933], la règle pénétrant plus ou moins dans la sphère de compétence de l'Etat. Mais cette précision n'élude pas toute difficulté ; ainsi, une obligation de résultat réservant théoriquement toute latitude à l'Etat peut en pratique limiter considérablement le choix des moyens voire l'anéantir, telle que l'obligation de ne pas polluer le milieu marin[934]. A l'inverse, une obligation de comportement peut offrir plusieurs options à l'Etat et se rapprocher en cela de l'obligation de résultat[935]. A titre d'exemple, il est possible de recourir à la jurisprudence

---

2004, p. 545 ; Elle « *n'en correspond pas moins à la réalité* », N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7ème éd., LGDJ, 2002, n° 473, p. 771.

929 J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *Mélanges Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 181-204 ; O. de Schutter, *op. cit.*, p. 139.

930 J. Combacau, *op. cit.*, p. 186 ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées - La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1995, pp. 20-21.

931 On parle de « *permissivité quant aux moyens* » ; N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.*, n° 473, p. 771.

932 Lorsque la permissivité existe, il y a une obligation de résultat, sinon il s'agit d'une obligation de comportement ; N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.*, n° 473, p. 771.

933 « *Ce n'est pas un partage dichotomique auquel on a affaire - plutôt, c'est d'un continuum qu'il s'agit* », O. de Schutter, *op. cit.* p. 140 ; J. Combacau, *op. cit.* pp. 201-202.

934 E. Wyler, *op. cit.*, p. 22.

935 E. Wyler, *op. cit.*, p. 22.

européenne : lorsque la Cour précise, dans l'affaire *X et Y contre Pays-Bas*[936], que « *seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine* », doit-on déceler une obligation de résultat ou de comportement ? En dépit de la marge nationale d'appréciation reconnue, il apparaît que le choix des moyens est restreint. L'Etat peut certes déterminer les conditions de déclenchement des poursuites ou l'intensité de la peine, mais la liberté accordée s'exerce selon un schéma prédéterminé, conduisant vers l'incrimination pénale[937]. Toute tentative de catégorisation est donc délicate. Par ailleurs, l'utilité même de la distinction est discutée[938] étant donné qu'elle n'engendre pas un régime de responsabilité propre à chaque obligation. Cette ultime remarque confirme la relativité de l'intérêt de cette dichotomie, d'ailleurs non incorporée par la Cour européenne dans ses décisions[939].

278. S'agissant du droit interne, il semble difficile de transposer entièrement la distinction civiliste introduite par Demogue[940] entre obligations de moyens et obligations de résultat. Alors que celles-ci impliquent l'engagement de réaliser un résultat défini, celles-là correspondent à la mise en œuvre de l'ensemble des moyens pour tendre vers un résultat[941]. La

---

[936] Cour EDH, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, § 27 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[937] De même, l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie*, impliquant un effet horizontal, comporte les indications suivantes : « *l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours civil, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées* » (§ 51). Il est en l'espèce difficile de déterminer s'il s'agit d'une obligation de comportement ou s'il s'agit d'une obligation de résultat. Un résultat est imposé à l'Etat, la mise en place d'un système judiciaire efficace, mais le choix des moyens n'est pas illimité. Leur énumération précise par la Cour européenne laisse penser qu'il peut également s'agir d'une obligation de comportement. Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

[938] E. Wyler, *op. cit.*, p. 23.

[939] *Ibidem* p. 35.

[940] *Traité des obligations en général*, T. V, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924, n° 1237.

[941] J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 4, *Les Obligations*, 22ème éd. refondu, PUF coll. Thémis, 2000, n° 156 p. 298 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, 9ème éd., Précis Dalloz, 2005, n° 552 ; On parle également d'obligations déterminées et d'obligations générales de prudence et de diligence : H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil,*Tome II,*Obligations, Théorie générale*, 9ème éd. par F. Chabas, Montchrétien, 1991, n° 21 p. 13.

distinction française, qui en outre fait l'objet de discussions[942], repose sur l'aléa[943], élément qui n'est pas pris en compte par le droit international[944], ni expressément visé par la Cour européenne. Néanmoins, les juges strasbourgeois ont déjà évoqué la distinction bien connue des civilistes français. En matière de déroulement pacifique des manifestations licites, les Etats contractants « *assument en vertu de l'article 11 de la Convention une obligation de moyens et non de résultat* »[945]. De même, si l'Etat doit identifier et condamner les responsables d'un homicide, « *il s'agit là d'une obligation non de résultat, mais de moyens* »[946].

279. La Cour a donc reconnu l'existence d'obligations de moyens, par opposition aux obligations de résultat, mais ces dernières sont absentes des décisions européennes impliquant des relations interindividuelles. D'une part, la notion d'obligation de résultat est évoquée par la Cour de Strasbourg uniquement pour qualifier l'obligation générale de respect de la Convention, et non pour affirmer des obligations précises de résultat. Ainsi, la Cour a déjà spécifié, à plusieurs reprises, que « *sa tâche consiste à rechercher si les Etats sont parvenus au résultat voulu par la Convention* ». Elle précise aussi qu' « *il n'appartient pas à*

---

[942] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 159 p. 304-305.

[943] A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449, n° 6 : « *Et l'on voit en même temps le critère de la distinction : c'est le caractère aléatoire, ou, au contraire, à peu près certain, du résultat voulu par le créancier. L'obligation a pour objet ce résultat lorsqu'on peut présumer que la diligence du débiteur l'obtiendra ; dans le cas contraire, elle a pour objet la diligence. (…) Mais c'est lorsque l'aléa est trop considérable qu'on ne peut plus le négliger, même provisoirement et en posant une simple présomption, et qu'il faut prendre pour objet de l'obligation la seule diligence du débiteur. La différence entre les deux catégories d'obligations résulte des circonstances, et non, en principe, d'une différence de degré ou d'intensité de l'obligation* ».

[944] J. Combacau a relevé un « *glissement sémantique important* » entre la conception civiliste française des obligations et la définition donnée par la C.D.I. S'agissant du droit international, « *le pivot de la distinction est désormais le degré de liberté laissé au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut l'exécuter, et non plus le caractère plus ou moins aléatoire du résultat escompté* » ; ainsi « *l'objet de l'objet de l'obligation n'est pas tantôt un résultat, tantôt une tension vers ce même résultat ; l'alternative n'est pas entre réussir et s'efforcer ; la réussite figure dans chacun de ses termes ; seulement, ce n'est pas la même* » ; J. Combacau conclut donc à « *l'hétérogénéité fondamentale qui rend étranger l'un à l'autre le couple du droit civil et celui du droit international* » : J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, spéc. p. 202-203.

[945] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte Für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 34 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

[946] Cour EDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 71 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

la Cour d'indiquer à un Etat les moyens à utiliser pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la Convention »[947]. De même, si l'Etat est « *tenu de prendre dûment en considération les intérêts particuliers dont il a l'obligation d'assurer le respect en vertu de l'article 8, il y a lieu, en principe, de lui laisser le choix des moyens à employer pour remplir cette obligation* »[948]. Il s'agit là d'obligations de résultat très générales, qui ne permettent pas d'identifier précisément le résultat voulu par les juges strasbourgeois et de conclure à la violation dès lors que le résultat escompté n'est pas atteint.

280. D'autre part, imposer des obligations de résultat s'agissant des relations interpersonnelles est impossible dès lors que le respect des droits de l'Homme entre personnes privées ne dépend pas uniquement de l'Etat. Si une personne privée peut influer sur le résultat voulu, l'Etat ne peut être tenu de garantir ce résultat[949]. La jurisprudence européenne portant sur l'exécution des décisions de justice confirme cette appréciation. Ainsi, la Cour affirme que « *le droit au tribunal garanti par l'article 6 protège également la mise en œuvre des décisions judiciaires définitives et obligatoires qui, dans un Etat qui respecte la prééminence du droit, ne peuvent rester inopérantes au détriment d'une partie. Par conséquent, l'exécution d'une décision judiciaire ne peut être empêchée, invalidée ou retardée de manière excessive* »[950]. *A priori*, cette obligation pourrait être qualifiée d'obligation de résultat. Cependant, lorsque le respect d'une décision de justice nécessite l'intervention d'une personne privée, la Cour tempère l'obligation étatique ; l'Etat est simplement « *appelé à avoir un comportement diligent, et à assister le créancier dans l'exécution* »[951] de la décision. Ainsi, le défaut de paiement d'une créance exécutoire dû à l'insolvabilité d'un débiteur privé

---

[947] Cour EDH, arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 78 ; *RTDH* 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir ; Cour EDH, arrêt *de Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, série A n° 86, § 35.

[948] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, § 123 ; *JCP* 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud.

[949] Un parallèle peut être effectué avec l'article 5-5 des *Principes Unidroit*. Selon cette disposition, pour déterminer si l'obligation est de moyens ou de résultat, on prend en considération, parmi d'autres critères, « *l'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation* », A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrétien, coll. Domat, 10ème éd., 2005, n° 275.

[950] Cour EDH, arrêt *Rianu c. Roumanie* du 17 juin 2003, req. n° 34647/97.

[951] Cour EDH, arrêt *Fociac c. Roumanie* du 3 février 2005, req. n° 2577/02, § 70.

ne peut lui être reproché[952]. Pareillement, l'Etat ne peut être tenu responsable si une décision de justice enjoignant à un particulier de signer un contrat n'est pas exécutée : « *vu la caractère* intuitu personae *de l'obligation de signer le contrat, le refus manifeste de la débitrice de s'exécuter pourrait s'analyser en l'espèce en une impossibilité* de facto *d'exécuter* »[953]. Il en est de même lorsqu'une décision de justice ordonne à un employeur privé de réintégrer des salariés, puisque l'intervention personnelle du débiteur est indispensable[954]. Dans ce cas, le créancier devra se contenter d'une satisfaction par équivalence. Par conséquent, si le respect de l'obligation étatique dépend du comportement d'une personne privée, elle ne peut être qualifiée d'obligation de résultat[955].

281. La Cour use donc de la classification civiliste entre obligation de moyens et obligation de résultat uniquement pour affirmer l'existence d'obligations de moyens spécifiques et non afin d'imposer une obligation précise de résultat. L'imposition d'une obligation de moyens laisse d'ailleurs à la Cour son pouvoir d'appréciation de la situation litigieuse, lequel serait considérablement réduit si elle proclamait l'existence d'obligations de résultat. Elle serait en effet contrainte de prononcer un constat de violation dès lors que le résultat recherché n'est pas obtenu, sans pouvoir tempérer son appréciation du comportement étatique. Quoi qu'il en soit, si les charges de l'Etat peuvent ponctuellement correspondre à la distinction traditionnelle du droit français, elles ne peuvent être uniquement étudiées à travers cette classification. Les distinctions nationales et internationales présentées sont effectivement insuffisantes pour rendre pleinement compte de la nature des obligations étatiques résultant de l'effet horizontal. L'application interpersonnelle des droits de l'Homme impose aussi aux Etats de prévenir les violations individuelles. C'est pourquoi la notion internationale d'obligation de prévention est également pertinente afin de qualifier les obligations de l'Etat. Cependant, là encore, l'intervention des autorités étatiques ne constitue pas une exigence absolue, en raison de la nécessité de respecter la sphère privée des individus.

---

[952] Cour EDH, arrêt *Sanglier c. France* du 27 mai 2003, req. n° 50342/99, § 39.

[953] Cour EDH, arrêt *MC Magna Holding SRL c. Roumanie* du 13 juillet 2006, req. n° 10055/03, § 35.

[954] Cour EDH, arrêt *Ghibusi c. Roumanie* du 23 juin 2005, req. n° 7893/02, § 41.

[955] « *Le droit d'accès à un tribunal ne peut obliger un Etat à faire exécuter chaque jugement de caractère civil quel qu'il soit et quelles que soient les circonstances* » : Cour EDH, arrêt *MC Magna Holding SRL c. Roumanie* du 13 juillet 2006, req. n° 10055/03, § 31.

B/ UNE OBLIGATION DE PRÉVENTION RESPECTUEUSE DE LA SPHÈRE PRIVÉE DES INDIVIDUS

282. « *A travers l'affirmation que les Etats doivent également garantir les droits dans les rapports interindividuels, les obligations que la Convention impose à ses Etats parties se sont redoublées d'obligations de prévention, imposant aux Etats d'adopter les mesures propres à prévenir les atteintes aux droits garantis par les particuliers* »[956]. L'effet horizontal de la CEDH requiert en effet des Hautes Parties contractantes qu'elles empêchent les violations individuelles. Elles doivent faire en sorte que ces ingérences ne se produisent pas. Cette exigence correspond à la notion internationale d'obligation de prévention, qu'il convient de présenter (1). La nécessité de prévenir les violations individuelles ne pouvant être absolue, seules des mesures préventives raisonnables et subordonnées au respect des droits individuels sont exigées (2).

1/ La prévention des violations individuelles

283. Sans utiliser formellement l'expression « obligation de prévention », l'idée d'un tel devoir à la charge de l'Etat est contenue dans la jurisprudence européenne. Ainsi, lors de l'examen d'une affaire relative aux mauvais traitements infligés à un enfant par son beau-père[957], la Cour a considéré que la Convention commande aux Etats « *de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers. Les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteintes à l'intégrité de la personne* »[958]. Un examen circonstancié de l'espèce a permis à la Cour de conclure que « *la loi ne mettait pas suffisamment le requérant à l'abri d'un traitement ou*

---

[956] O de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle de droit familial*, 1999-3, pp. 427-455, spéc. pp. 442.

[957] Cour E.D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, chron. F. Sudre.

[958] § 22.

d'une peine contraire à l'article 3 »[959]. L'Etat doit donc « empêcher », « prévenir », « mettre à l'abri » de toute violation des droits de l'Homme. Il a l'obligation de prendre les mesures préventives contre les violations commises par des particuliers.

284. Selon l'article 23 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale, « *lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat* ». La violation d'une obligation de prévention constitue, selon le droit international, un délit d'événement[960]. Le défaut de respect d'une obligation de prévention est réalisé par la réunion de deux éléments, liés entre eux par un lien de causalité, le second étant réalisé grâce au premier. Il faut à la fois un système de prévention impropre à empêcher la survenance d'un événement et la survenance dudit événement. D'une part, il n'y a violation de l'obligation que si, et seulement si, l'événement à éviter se produit ; si tel n'est pas le cas, l'absence de structure de prévention n'entraînera pas de responsabilité. La réalisation de l'événement constitue *une* condition du délit. Pour cela, il faut « *un fait de l'homme ou de la nature, étranger, en tant que tel, à l'action de l'Etat* »[961], un événement extérieur à la volonté de l'auteur. D'autre part, il faut que le système préventif adopté par l'Etat soit inadéquat. De ce fait, « *un lien de causalité indirecte entre cette survenance et le comportement adopté en l'occurrence par l'Etat* »[962] est indispensable. Par exemple, l'Etat a l'obligation de veiller à ce que les adhérents des syndicats ne soient pas empêchés ou retenus d'utiliser leur syndicat pour les représenter. Or, s'il est « *loisible aux employeurs, sans enfreindre le droit britannique, de chercher à prévenir toute protestation de la part des syndicats ou de leurs membres (…) en offrant aux salariés acceptant de mettre fin à la négociation collective des augmentations de*

---

[959] § 24.

[960] Par la violation d'une telle obligation, l'Etat ne se rend pas coupable d'un délit au sens pénal du terme. R. Ago, « Le délit international », *RCADI* vol. 68, 1939-II, p. 26, spéc. pp. 502-503 ; En droit interne, la notion de délit de mise en danger de la vie d'autrui correspond à ce schéma ; O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 326 ; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées - La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1995, pp. 51-52 et 141-144.

[961] Commission du droit international, *Ann. C.D.I. 1978*, vol. II, 2ème partie, pp. 92-93, § 4.

[962] *Ibidem*, p. 93, § 7.

salaires substantielles »[963], l'Etat manque à son obligation de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention. L'atteinte à la liberté syndicale s'est produite parce qu'aucune mesure de prévention n'avait été adoptée par le Royaume-Uni. Le cadre normatif britannique a permis cette immixtion[964], et l'acte illicite de l'Etat a été révélé par l'acte individuel, sans lequel la violation de l'obligation ne se concrétise pas.

285. Afin d'apprécier le caractère adéquat de la mesure de prévention, une indication pertinente peut être extraite des travaux de la Commission de droit international. Le commentaire de l'article 23, relatif à l'obligation de prévention, contient en effet la précision selon laquelle « *l'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement - qu'à faire échec, autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement. C'est alors que ce dernier a pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, et alors qu'il ressort* que par un comportement différent *il aurait pu l'éviter, que l'on peut conclure à ce que le résultat requis par l'obligation de prévention n'a pas été assuré* »[965]. Dans l'affaire précitée relative à la liberté syndicale, si la législation britannique avait interdit aux employeurs d'avoir recours à des incitations financières afin d'amener les salariés à renoncer à leurs droits syndicaux, la restriction imposée par l'employeur aurait pu être évitée. De même, si les juridictions internes avaient traité cette ingérence dans les termes requis par la Convention, la Cour européenne n'aurait pas constaté une violation.

286. L'examen du caractère approprié car dissuasif du comportement étatique est effectué à l'aide du principe de proportionnalité[966]. Cet outil permet de déterminer

---

[963] Cour E.D.H., arrêt *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 47 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

[964] De même, dans l'affaire *Young, James et Webster*, c'est en raison de la légalité du système de *closed shop* qu'un particulier a pu s'immiscer dans les droits d'un autre individu ; Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44 ; *CDE* 1982, p. 226, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, chron. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, chron. P. Rolland. Dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998 (req. n° 25599/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, chron. F. Sudre), la responsabilité de l'Etat reposait sur l'absence de mesure dissuadant l'adulte d'infliger des sévices à l'enfant.

[965] *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2ème partie, p. 93, § 6, souligné par nous.

[966] O. de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements… », *op. cit.*, p. 440.

l'adéquation du comportement étatique eu égard d'une part, à l'efficacité des mesures, d'autre part, à l'impossibilité d'obtenir une effectivité parfaite ainsi qu'au respect des activités individuelles[967]. L'obligation de prévention varie selon les circonstances mais son contenu est d'autant plus exigeant que la violation est grave ou risque de l'être[968]. Le contrôle de proportionnalité et par-delà la vérification du respect de l'obligation de prévention repose en outre sur un critère de prévisibilité qui se dédouble. D'une part, le système de prévention doit prendre en considération les conflits qui ont déjà émergé pour modifier le contexte général en révisant les règles propices à une immixtion des particuliers selon le principe international de l' « *assurance de non-répétition de faits illicites comparables* »[969]. La nécessité d'examiner les incidences des arrêts européens, voire des conflits survenus dans l'ordre juridique interne et non suivis d'une saisine des instances européennes, apparaît une nouvelle fois. D'autre part, l'obstacle de l'imprévisibilité du comportement humain est anéanti lorsqu'il est prouvé que les autorités étatiques disposaient d'informations leur permettant d'anticiper la violation. Cette exigence est entendue d'une manière extensive, permettant d'éluder les réticences des autorités à accueillir des informations et ainsi à présenter une justification par trop aisée de leur inaction. L'arrêt *Osman*[970], riche d'enseignements, fournit une telle indication ; la Cour considère en effet que l'appréciation du contentieux doit se faire au regard de l'attitude raisonnable qu'on pouvait attendre des autorités policières pour empêcher la réalisation d'un risque « *dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* »[971]. Ainsi, lorsque des informations relatives à la dangerosité d'un individu sont disponibles mais qu'elles ne sont

---

[967] Selon O de Schutter, la preuve du caractère adéquat et proportionnel des mesures adoptées par l'Etat a été mise à la charge de celui-ci, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements … », *op. cit.*, p. 441. Pourtant, dans l'arrêt *Osman* déjà cité, la Cour a indiqué qu'il « *suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* », § 116.

[968] G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'Homme » in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, pp. 101-135, spéc. p. 114.

[969] G. Cohen-Jonanthan, La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international, *in S.F.D.I., Colloque de Strasbourg - La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 309-341, spéc. p. 319.

[970] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

[971] § 116. V., s'agissant du droit à la vie familiale, « *le chemin naturel qu'emprunte aujourd'hui le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme* », O. de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements … », *op. cit.*, p. 455.

pas communiquées aux autorités carcérales, l'omission des institutions concernées révèle un manquement de l'Etat à son obligation de protéger le droit à la vie[972]. A l'inverse, l'absence de prévisibilité d'un évènement empêche la Cour de conclure à un manquement des autorités étatiques. Lorsque des malfaiteurs bénéficient d'une permission de sortie de prison durant laquelle ils commettent un homicide, la Cour recherche si les autorités compétentes auraient dû prévoir ce crime et donc pouvaient pallier un tel risque. Elle conclut à l'absence de manquement à l'obligation du droit à la vie dès lors que rien ne pouvait faire craindre aux autorités nationales que la libération des individus pouvait présenter un risque certain et immédiat, ni qu'il était nécessaire d'adopter des mesures complémentaires[973].

287. La responsabilité de l'Etat peut donc être engagée si son attitude a permis à un individu d'enfreindre les droits d'une autre personne. Selon la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, l'obligation de prévention « *comprend toutes les mesures de caractère juridique, politique, administratif et culturel ayant pour but la sauvegarde des droits de l'Homme et assurant que l'éventuelle violation de ces droits est effectivement considérée comme un acte illégal, susceptible en tant que tel d'entraîner des sanctions contre son auteur ainsi que l'obligation d'indemniser les victimes pour les préjudices subis* »[974]. Aussi, cette obligation commande au juge de rechercher et de sanctionner les violations commises par des particuliers et de tenter de rétablir, dans la mesure du possible, le droit lésé et, le cas échéant, de réparer les dommages causés par la violation des droits de l'Homme[975]. Il s'agit d'une obligation de moyens, au sens de la terminologie civiliste, parce que cette obligation n'est pas violée par le seul fait de la réalisation de l'événement à éviter[976]. Ainsi, l'Etat ne doit pas, par

---

[972] Cour EDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § - 61 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

[973] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002, req. n° 37703/97, § 76 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

[974] Arrêt *Velasquez Rodriguez c. Honduras* du 29 juillet 1988, § 175 ; *RGDIP* 1990, p.455 , obs. G. Cohen-Jonathan.

[975] V. *mutatis mutandis*, arrêt *Velasquez Rodriguez*, préc., § 166.

[976] O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, *op. cit.*, p. 336 ; L'auteur relève que « *la répétition de l'événement dont il s'impose à l'Etat de prévenir la survenance affermit l'obligation de prévention* » ; « *l'obligation de prévention, à mesure qu'elle gagne en consistance à travers la définition toujours plus précise des moyens dont la mise en œuvre peut être attendue de l'Etat, à son tour se transforme en obligation de résultat, s'autonomisant de l'obligation à venir* », *op. cit.*, pp. 338-339.

le droit en vigueur - qu'il soit explicitement en contradiction avec la Convention ou insuffisant- ou par le biais du comportement de ses représentants, permettre à un particulier de s'immiscer dans les droits garantis aux autres particuliers. C'est pourquoi, le droit interne ne doit pas rendre légales des pratiques inconventionnelles[977] et doit assurer une protection efficace des ressortissants les uns contre les autres[978]. A défaut, c'est au juge interne qu'il appartient d'intervenir ; il doit identifier les violations et les sanctionner[979]. L'ensemble des organes étatiques doit intervenir en amont ou en aval de la violation, qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, par les décisions qu'il prend ou les réformes qu'il impulse, du pouvoir législatif, responsable des législations adoptées, ou de l'autorité judiciaire, apte à intervenir avant toute saisine des instances européennes, enfin toute autorité compétente[980] dont le comportement peut, peu ou prou, obvier à une atteinte aux droits de l'Homme effectuée par un particulier. Une appréciation de la situation est exigée de leur part, afin d'anticiper toute violation. La protection des droits de l'Homme repose donc sur la sagacité des autorités étatiques. Elles doivent, à l'aide des moyens dont elles disposent, discerner les risques réels de violation des droits puis agir afin de les pallier. Les mesures de prévention seront considérées comme adéquates lorsque, évidemment, aucune atteinte aux droits contenus dans la Convention n'aura été rendue possible. Si cette éventualité se réalise, alors l'examen du comportement de l'Etat

---

[977] Cour EDH, arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, § 49 ; *CDE* 1982, p. 226, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, chron. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, chron. P. Rolland.

[978] Cour EDH, arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A n° 91, § 27 ; *RSC* 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

[979] La Cour européenne prend en considération l'absence de sanction à l'égard d'un particulier afin d'apprécier si l'Etat a pris toutes les dispositions visant à protéger les droits garantis. Ainsi, un arsenal juridique conforme aux conventions européennes et internationales est insuffisant si « *en dépit de ces dispositions législatives nationales, la Cour relève qu'aucune mesure n'a été prise afin de sanctionner le manque de coopération (d'un) établissement privé avec les autorités investies du pouvoir d'exécution des décisions d'adoption en cause. Elle note par ailleurs que le refus du directeur de CEPSB de coopérer avec les huissiers de justice n'a entraîné pour lui, depuis près de trois ans, aucune conséquence* » ; or, selon les juges européens, « *une telle attitude ne saurait demeurer sans conséquences pour ceux qui en sont responsables* », Cour EDH, arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, req. n° 78028 et 78030/01, § 186 et § 183 ; *D.* 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre.

[980] Selon l'expression employée par la Cour européenne. Par exemple, Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte Für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 39 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. Cour EDH, arrêt *Casado Coca c. Espagne* du 24 février 1994, série A n° 285-A, § 39 *RTDH* 1995, p. 69, obs. M.-A. Halperin ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 44, obs. F. Sudre.

ou de ses représentants s'imposera[981]. L'engagement de la responsabilité de l'Etat permettra de stigmatiser les défaillances de sa gestion interne. Cependant, une latitude est accordée aux Etats afin de s'acquitter de leurs obligations. Seule une prévention raisonnable et respectueuse des droits individuels est exigée.

2/ Une prévention subordonnée au respect des droits individuels

288. L'obligation de prévention des violations individuelles manifeste l'objectif d'effectivité voulu par la Cour. Pourtant, l'Etat peut-il être tenu responsable de toutes les violations commises entre particuliers ? Existe-t-il un moyen de parvenir à une protection totale des droits garantis par la Convention ? La réponse est négative. Alors même que l'Etat prendrait la résolution de prévenir toute violation des droits de l'Homme entre particuliers, non seulement il se heurterait à des difficultés pratiques mais son comportement pourrait constituer une menace pour la garantie des droits consacrés. En effet, d'une part, tenir l'Etat responsable de toutes les atteintes revient à présumer de son omnipotence à garantir les droits de l'Homme. D'autre part, la protection assurée par l'Etat a pour corollaire son ingérence. Son intervention doit donc être mesurée et raisonnable.

289. Il est impossible d'exiger de l'Etat une protection parfaite contre les violations des droits de l'Homme. L'objectif sera toujours de tendre vers l'effectivité tout en considérant que l'Etat ne peut pas tout prévoir ou anticiper. La Cour admet cette aporie quand à propos, par exemple, de l'obligation d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, elle affirme que les Etats « *ne sauraient le garantir de manière absolue* »[982]. Cette assertion vaut encore pour les droits primordiaux de la Convention ne pouvant faire l'objet d'aucune dérogation, tels que le droit à la vie : selon la Cour, « *sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain, ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter (l'obligation positive de prendre préventivement des mesures*

---

[981] Toutefois, si la cause efficiente de la violation provient de l'Etat, la cause finale peut être attribuée aux particuliers, dès lors une étude de leurs comportements par le juge interne sera nécessaire ; V. *infra*.

[982] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte Für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 34 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 347 et s.

d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui) de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre les mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »[983]. L'obligation étatique peut donc être tempérée par les difficultés inhérentes à l'imprévisibilité du comportement humain, à celles pour la police d'exercer ses fonctions, et aux choix opérationnels à faire en termes de priorité et de ressources. Si évidemment l'obligation de prévention n'exige pas que chaque individu se sentant menacé soit protégé par un policier, on peut relever que la Cour semble admettre une limitation à la prévention résultant des ressources disponibles, alors qu'elle avait par ailleurs admis que l'on pouvait exiger de l'Etat la consécration de moyens budgétaires à l'effectivité des droits[984]. Par ailleurs, hormis l'impossibilité pour l'Etat de préserver totalement les droits de l'Homme, l'effectivité elle-même ne peut être parfaite[985] ; ainsi un contrat attentatoire aux droits garantis par la Convention peut être conclu et être exécuté sans qu'aucune des parties ne cherche à en demander la nullité[986].

290. Le second écueil, sans doute le plus délicat, est qu'imposer à l'Etat de prévenir une violation entre particuliers peut aboutir à lui accorder un droit d' immixtion dans la sphère privée et donc faire surgir des conflits entre les différents droits garantis par la Convention. Or, l'obligation de prévention peut-elle légitimer toute ingérence des autorités publiques ? La Cour européenne semble se soucier de telles implications des obligations de prévention. Ainsi, lorsqu'elle impose l'obligation positive de protéger le droit à la vie entre personnes privées et qu'elle modère ce devoir en raison d'une impossibilité pratique à exiger un contrôle total des activités individuelles par les autorités, elle estime en outre qu'une « *autre considération pertinente est la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement les voies légales et autres*

---

[983] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 115 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11.

[984] Voy. *supra*.

[985] « *La plupart des règles de droit comportent un pourcentage toujours appréciable, parfois considérable, d'ineffectivité* » ; J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9ème éd. 1998, Paris, LGDJ, p. 146.

[986] *Ibidem*, p. 147.

garanties qui limitent légitimement l'étendue de ses actes d'investigations criminelles et de traduction des délinquants en justice, y compris les garanties figurant aux articles 5 et 8 de la Convention »[987]. De même, s'agissant de la réunion d'un père et de son enfant, pris en charge par ses grands-parents, la Cour estime que « *si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, leur obligation de recourir à la coercition en la matière doit être limitée : il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention* »[988]. L'obligation de prévention place en effet l'Etat soucieux de respecter les droits de l'Homme devant l'alternative suivante : soit il exerce un contrôle modéré car respectueux des activités individuelles, et dès lors on peut lui imputer une violation commise dans ce cadre, soit l'Etat surveille l'ensemble des relations privées établies sous sa juridiction, ou plus précisément exerce « *en fait ce contrôle qu'il est présumé pouvoir exercer en droit* »[989] au risque d'un empiètement illimité sur la sphère privée des activités[990].

291. Les considérations précédemment exposées conduisent la Cour européenne à modérer les obligations étatiques. Par conséquent, elle n'exige de l'Etat et de ses représentants qu'un comportement raisonnable. Contre la menace d'atteinte à la vie examinée lors de l'affaire Osman, elle estime qu'il lui faut se convaincre que les autorités policières « *n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque* »[991]. De même, s'agissant de l'observation du droit au respect de la vie privée et familiale d'un père séparé de son enfant, « *le point décisif consiste à savoir si les autorités nationales ont pris, pour faciliter le regroupement, toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles en l'occurrence* »[992]. Cette affirmation est également attachée au respect de l'article 11, puisqu'il « *incombe aux Etats contractants*

---

[987] Arrêt *Osman*, préc., § 116.

[988] Cour EDH, arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A, n° 299-A, § 58 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1995, p. 347, obs. J. Hauser.

[989] O de Schutter, « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements… », *op. cit.*, p. 434.

[990] *Ibidem*.

[991] Arrêt *Osman*, préc., § 116.

[992] Arrêt *Hokkanen c. Finlande*, préc, § 58.

d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites »[993].

292. Le devoir étatique de prévention se rencontre dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, qui le tempère également par le caractère raisonnable des mesures à adopter. Ainsi, « *l'Etat a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l'Homme, de rechercher sérieusement avec les moyens dont il dispose celles qui sont commises dans le cadre de sa juridiction, afin d'en identifier les coupables et d'assurer à la victime une réparation équitable* »[994]. L'exigence d'un comportement raisonnable, qui semble spécifiquement attachée à l'intervention des autorités étatiques, ne résout pas la difficulté relative à son appréciation. En effet, « *le droit positif doit être raisonnable, notion vague exprimant une synthèse qui combine le souci de la sécurité juridique avec celui de l'équité, la recherche du bien commun avec l'efficacité dans la réalisation des fins admises. (…) Il est impossible de fournir, une fois pour toutes, le critère du raisonnable. Comme toutes les idées vagues, celle-ci sera plus facilement reconnue d'une façon négative : l'accord sur le déraisonnable permet, par exclusion, de se rapprocher du raisonnable* »[995]. Néanmoins, la Cour européenne, à l'instar d'autres juridictions internationales, parvient à déterminer le contenu du raisonnable en s'appuyant sur des considérations juridiques, et s'en justifie par une motivation détaillée[996]. Une nouvelle fois, la solution résulte de la pesée des intérêts : le raisonnable exige qu'un juste équilibre soit préservé entre les différents intérêts en présence[997].

293. La Cour est donc consciente des dangers d'une intervention excessive des Etats afin de protéger les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles. En dépit de cette

---

[993] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte Für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 34 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

[994] *Affaire M. Vélasquez c. Etat du Honduras*, 29 juillet 1988, § 174, souligné par nous ; G. Cohen-Jonathan, « L'arrêt Vélasquez », *RGDIP* 1990, pp. 455-471.

[995] Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. Villey, LGDJ, 1984, p. 79.

[996] O. Corten « L'interprétation du raisonnable par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP* 1998, p. 5-43, spéc. pp. 11 et s.

[997] V. Partie I, Titre I, Chapitre II, *supra*.

recherche d'équilibre, il convient de relever la voix dissidente de Madame la juge Françoise Tulkens s'inquiétant de la tendance européenne à exiger la pénalisation de certaines violations des droits de l'Homme dans les relations privées[998]. A plusieurs reprises, la Cour a considéré que seule une législation criminelle, en raison de son caractère dissuasif, peut assurer une protection efficace des individus les uns contre les autres. Cette exigence concerne le viol et les violences sexuelles[999], les châtiments corporels infligés à des enfants[1000], les atteintes à la vie[1001], ou encore « l'esclavage domestique »[1002]. La pénalisation de certains actes répréhensibles est justifiée par la protection effective des droits et libertés de chacun[1003], et donc par l'effet horizontal des droits de l'Homme. Elle aurait des « *vertus pédagogiques et, dans une certaine mesure, préventives* »[1004]. Or, la valorisation européenne de la voie pénale altère, selon Madame la Juge Françoise Tulkens, le principe de subsidiarité du droit pénal, principe qui, parmi d'autres, constitue « *l'armature de la pensée pénale moderne* »[1005] et qui

---

[998] Fr. Tulkens, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1605-1626, spéc. p. 1616.

[999] Cour EDH, arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, § 86 ; *RTD civ.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

[1000] Cour EDH, arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998, req. n° 25599/94 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 11, chron. F. Sudre. En l'espèce, une procédure pénale pour voie de fait sur enfant était possible mais il incombait à l'accusation de convaincre le jury au-delà de tout doute raisonnable que les voies de fait ne constituaient pas un châtiment légitime (§ 14). La Cour a considéré que la loi ne mettait pas suffisamment le requérant à l'abri d'un traitement ou d'une peine contraire à l'article 3 (§ 24).

[1001] L'Etat a le « *devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne* », Cour EDH, arrêt *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002, req. n° 46477/99, § 54 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

[1002] Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01 ; *JCP* 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.* 2006, p. 346, note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss.

[1003] La Cour a précisé que « *une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces* », arrêt *M.C. c. Bulgarie,* préc., § 150.

[1004] D. Roets, *op. cit.,* p. 350. L'auteur s'interroge également sur le point de savoir si « *le prononcé d'une peine trop "légère", tel l'emprisonnement assorti d'un sursis* » n'est pas « *susceptible de constituer une violation de l'article 4 qui protège "l'une des valeurs fondamentales de nos sociétés démocratiques"* », p. 348.

[1005] Fr. Tulkens, *loc. cit.*

confère au droit pénal le statut de « *remède ultime* »[1006]. Ainsi, l'effet horizontal autorise, dans certaines circonstances, l'Etat à accroître ses pouvoirs de coercition. Autrefois contraint à la passivité, l'Etat a désormais le droit, voire l'obligation, de développer des mesures de répression pénale afin d'assurer le respect des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles.

294. En conclusion, il convient de relever que les obligations étatiques sont tout à la fois de résultat, de moyens et de prévention. Une obligation de résultat « globale » impose le respect des principes européens et la poursuite de leur effectivité[1007]. Des obligations de moyens spécifiques sont prescrites lorsque la protection exigée ne dépend pas du seul comportement de l'Etat. Enfin, à ces obligations s'ajoute celle de prévenir les violations individuelles tout en respectant la sphère privée des individus. Parce qu'il est saisi avant le juge européen d'un litige portant sur le respect des droits de l'Homme entre particuliers, le juge interne est le principal artisan du respect de ses obligations par l'Etat. C'est pourquoi, la Cour européenne lui demande de se prononcer de telle façon qu'un juste équilibre soit préservé entre les intérêts privés concurrents.

SECTION II – L'ADOPTION DU RAISONNEMENT EUROPÉEN

295. La Cour requiert des autorités internes qu'elles recherchent un juste équilibre entre les droits. La pondération des intérêts étant un souci à la fois sous-jacent à la Convention toute entière et majeur dans la mise en œuvre de ce texte par la Cour européenne, il en résulte une obligation de l'insérer dans les décisions nationales faisant application de la CEDH. L'absence de pesée des intérêts risque en effet d'entraîner un constat de violation[1008].

[1006] Opinion concordante de Madame la Juge Tulkens jointe à l'arrêt *M.C. c. Bulgarie*, préc. Elle argue également de l'incertitude quant à l'efficacité dissuasive des peines ; Fr. Tulkens, *loc. cit.* ; Comité européen pour les problèmes criminels, *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1980, pp. 78-80 ; selon ce rapport l'efficacité dissuasive du droit pénal dépend de nombreux facteurs, et la voie pénale ne constitue pas le seul moyen de prévenir des comportements indésirables.

[1007] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[1008] V. Partie I, Titre I, Chapitre 2, *supra*.

Dès lors, le juge interne est contraint de procéder à une appréciation casuistique des litiges afin d'appliquer une disposition européenne. Cette technique jurisprudentielle est également appliquée par les juges strasbourgeois, mais ceux-ci tranchent des conflits entre un particulier et un Etat tandis que le juge judiciaire se trouve face à une situation opposant deux particuliers. Si les deux procès ont des composantes différentes, leur résolution ne peut être identique. Il importe de vérifier si des obstacles s'opposent à la généralisation de la méthode du juste équilibre (§ I) avant d'étudier si le juge interne l'emploie conformément aux exigences européennes (§ II).

§ I - LA GÉNÉRALISATION DU JUSTE ÉQUILIBRE PAR LE JUGE INTERNE

296. Une généralisation de la recherche d'équilibre peut heurter certaines traditions nationales en contribuant à la précarisation de la sécurité juridique et à la transformation de l'office du juge. Cependant, les risques apparemment induits par cette forme de raisonnement juridique semblent pouvoir être dépassés.

297. Outre l'influence du mécanisme de pondération des intérêts sur le raisonnement qui doit être privilégié par le magistrat, la recherche du juste équilibre aura des incidences sur l'office du juge interne et la solution adoptée. Eriger le principe de proportionnalité en règle de jugement, juger à travers le prisme de la balance des intérêts, et donc de la casuistique, aboutit inéluctablement à la généralisation des solutions *in concreto*. Si le juge interne ne peut rendre des arrêts de règlement[1009], l'appréciation circonstancielle des litiges peut heurter les traditions nationales. En effet, le contrôle de proportionnalité et la pesée des intérêts semblent inclusifs d'équité[1010], entendue comme « *une opposition à la rigidité du droit, au droit strict* »[1011]. Or, l'aversion pour l'équité résulte des conséquences qui lui sont ordinairement

[1009] Article 5 du code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

[1010] « *L'équité est toujours œuvre de pesée. La balance est son symbole, la proportionnalité son critère* », L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *in* Justice et équité, *Justices*, 1998, n° 9, p. 97 ; en ce sens, également, L.-E. Pettiti, « le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Justice, Médiation et Equité*, Colloque droit et démocratie, La documentation Française, 1992, p. 35 et s., spéc. p. 36.

[1011] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes*, 26ème éd., PUF, coll. Thémis, 1999, n° 4 ; E. Agostini, « L'équité », *D.* 1978, chron. 7.

attribuées, l'insécurité et l'arbitraire[1012]. En effet, d'une part, la balance des intérêts, mais également l'équité, reposent sur des considérations factuelles et par-delà ponctuelles. Il ne paraît dès lors pas possible de tirer des conclusions des arrêts rendus par les juges. L'imprévision des solutions jurisprudentielles peut ainsi heurter l'exigence de sécurité juridique[1013], qui constitue « *toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans la réalisation du droit* »[1014]. D'autre part, l'équité aboutirait à faire prévaloir de manière arbitraire la volonté du juge sur celle du législateur et par-delà à remettre en cause la cohérence du droit objectif[1015].

298. Ces considérations doivent être nuancées. A titre préliminaire, il est nécessaire de préciser que le principe de proportionnalité existe déjà en droit privé français[1016], qu'il s'agisse du droit pénal[1017], du droit social[1018], du droit commercial et des sociétés[1019], du droit du cautionnement[1020], du droit des contrats[1021] et plus généralement du droit civil[1022]. Son

---

[1012] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 6.

[1013] Sur l'équité, pratiquée par le juge Magnaud, V. E. Agostini, *op. cit.*, n° 10, p. 11.

[1014] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique Capitant*, Association H. Capitant, 7ème éd., PUF, coll. Quadrige, 2005.

[1015] A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, préf. L. Leveneur, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 256.

[1016] Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117.

[1017] La proportionnalité des délits et des peines.

[1018] A. Mazeaud, « Proportionnalité en droit social », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? *préc.*, pp. 64-67.

[1019] M.-Ch. Boutard-Labarde, « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? *préc.*, pp. 44-50 ; J.-M. Calendini, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *Ibid.*, pp. 51-57 ; R. Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *Ibid.*, pp. 58- 63.

[1020] D. Bakouche, « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », *Contrats, conc., consom.*, 2004, chron. n° 5.

[1021] D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? », *préc.*, pp. 12-20 ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *ibid.*, pp. 31-37 ; H. Lécuyer, « Le principe de proportionnalité et

application est la plus manifeste en matière d'abus de droit, où « *la pesée des intérêts est inhérente à l'application* »[1023] de cette théorie, et rapproche celle-ci de l'exigence de régulation des droits de l'Homme. Aussi, il ne semble pas que la généralisation de la recherche d'équilibre entre les droits garantis par la CEDH emporte des bouleversements négatifs et menaçants pour le droit interne.

299. La logique du juge ne subira aucune réorganisation de fond. Si la présentation traditionnelle du raisonnement judiciaire est effectuée sous forme de syllogisme, celui-ci n'est en pratique que peu opéré. Sous couvert d'une méthode syllogistique, l'analyse des magistrats est en réalité inductive et tend vers l'équité[1024]. La solution obtenue par le juge fait souvent l'objet, *a posteriori*, d'une parure juridique[1025], d'une légitimation par une règle de droit[1026]. Quant à la sécurité juridique prétendument altérée par la contextualisation de l'appréciation judiciaire et l'équité de la solution, les appréhensions doivent être atténuées. D'une part, *« il ne faut pas oublier, cependant, que, le plus souvent, par cette sorte d'instinct que l'on appelle la conscience morale, les intéressés seront avertis du résultat à attendre de l'équité, bien plus*

---

l'extinction du contrat », *ibid.*, pp. 38-43. V. également, S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, Biblothèque de droit privé, T. 335, 2000.

1022 M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? *préc.*, pp. 3-11, spéc. p. 4.

1023 J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, 4ème éd., *in* J. Ghestin (dir.) *Traité de droit civil*, LGDJ, 1994, n° 804, p. 790.

1024 « *Le domaine effectif de l'équité déborde largement (les) hypothèses d'équité autorisée* », J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 4.

1025 « *Il ne faut pas imaginer que cette manière de juger est étrangère aux juges professionnels. Seulement, ils savent la revêtir d'une forme juridique : entre deux interprétations de la loi, entre deux théories construites pour compléter la loi, ils inclineront bien souvent à choisir non pas celle qui est, en général, la plus exacte, mais celle qui est, dans le cas particulier, la plus équitable. Bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à une règle de droit. Les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent. A voiler ce processus psychologique, on s'exposerait, dès le départ, à prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits* », J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 4 ; E. Agostini, *op. cit.*, n° 10, p. 11.

1026 « *Il arrive bien des fois que ce sont des considérations extrajuridiques qui (…) dicteront (au juge) sa décision, la motivation, qui insère le jugement dans le système de droit en vigueur, ne survenant qu'après coup* », C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, reprint Dalloz, 1999, n° 98, p. 176 ; De même, selon L. Cadiet, de l'équité, le juge « *s'efforce de remonter jusqu'à la règle de droit afin de déguiser l'équité sous un vêtement juridique* », « L'équité dans l'office du juge civil », in Justice et équité, *Justices*, 1998, n° 9, pp. 87 et s., spéc. p. 91.

sûrement que s'il leur fallait tirer les conclusions d'une série de raisonnements juridiques, complexes et interminables »[1027]. D'autre part, la logique juridique du tout ou rien doit pouvoir être dépassée. La flexibilité[1028] lors de l'application de la norme permet « *une mise en œuvre efficace et adaptative de la régulation juridique et cela au bénéfice du raisonnement qui contraste avec les pseudo-certitudes que prétend induire la logique du vrai et du faux, du permis et de l'interdit* »[1029]. On retrouve ici l'esprit qui gouverne la jurisprudence européenne, au regard des liens entretenus entre substance des droits et principe de proportionnalité. L'équité met l'accent sur « *l'infléchissement de la rigueur, autrement dit sur l'humanisation du droit, une sorte de distanciation de la règle pour la rendre plus juste* »[1030].

300. De même, la latitude ou la discrétion dévolue au juge est inhérente à la rédaction des textes dont il doit assurer le respect[1031]. Ce rôle de « *complètement* » du droit[1032] apparaît nettement lors de la mise en œuvre de notions larges, telles que l'ordre public, les

---

[1027] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 6.

[1028] M. Delmas-Marty, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1988, chron. 221.

[1029] F. Ost, « originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, 1989, pp. 405 et s., spéc. p. 462 ; L'équité a en ce sens trois fonctions : « *seconder, suppléer ou corriger les termes de la loi* », E. Agostini, *op. cit.*, n° 1, p. 9 ; N. Dion, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, chron. 196, n° 19 : « *Il semble possible de considérer que le désir du juste du juge ouvre la voie vers une justice qualitative plus humaine, plus globale, reliant la lettre et l'esprit des textes, et au cœur des êtres et de la vie. Venant à l'appui du raisonnement juridique, cette quête traduit le passage d'une justice normative, générale, vers une justice qualitative davantage sensible aux particularités, au respect de l'individuel et du singulier* » ; M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », *Mélanges Drago*, pp. 463-476, spéc. n° 25-26, p. 472 : « *la puissance du droit contre la force de l'iniquité est concrétisée par le juge. (…) un jugement n'est bon que s'il parvient tout à la fois à trancher le litige, à apaiser le conflit, à concrétiser la règle de droit et à réaliser la vertu de justice* ».

[1030] G. Canivet, « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 367. G. Canivet précise que « *le principe d'équité, qui impose des valeurs procédurales essentielles, communes aux pays européens, aura un rôle très important à jouer* », p. 383.

[1031] « *Pas moins que le juge constitutionnel ou le juge international, le juge civil n'est dispensé d'avoir égard à la "pénombre" des textes et des concepts généraux qui l'amènent à statuer en conférant à la norme un contenu dont il fixe lui-même le sens et les contours* » : J. Van Compernolle, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 495-506, spéc. p. 498.

[1032] G. Cornu, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12ème éd., Montchrétien, Précis Domat, 2005, p. 68.

bonnes mœurs ou la faute[1033], pour lesquelles des considérations extrajuridiques ne peuvent être ignorées. L'appréciation réservée au juge a pour corollaire de conférer à ces notions un caractère évolutif et une adaptabilité indispensable, voire progressiste. Ainsi, plus que l'enjeu relatif à la séparation des pouvoirs, il s'agit de « *demander au juge de réaliser un équilibre entre l'esprit et la lettre du droit, entre les exigences littérales et les implications du but poursuivi par le législateur* »[1034]. En outre, le législateur national délègue parfois un tel pouvoir d'appréciation lorsque, par exemple, doit être pris en considération l'intérêt de l'enfant[1035]. L'équilibre et le juste recherchés par le juge peuvent par ailleurs inspirer le législateur et motiver l'adoption de normes plus proches des nécessités du justiciable[1036]. S'agissant de la mise à l'écart d'une législation nationale après avoir constaté une absence de proportionnalité, il ne s'agit là que du moyen pour y aboutir, la cause résidant dans la suprématie du droit européen sur le droit français[1037].

301. Enfin, et là est essentiel au regard du système conventionnel, la forme du jugement contenant l'exposition du raisonnement proportionnel peut conférer à celui-ci une motivation[1038] et une transparence, essentielles pour la compréhension de la décision par le justiciable[1039] et l'autorité qui en découle[1040]. Certains arrêts de la Cour de cassation peuvent

---

[1033] J. Van Compernolle, *loc. cit.*

[1034] J. Van Compernolle, *op. cit.*, p. 499.

[1035] J. Van Compernolle, *op. cit.*, p. 501.

[1036] Le juge est alors « *à la fois un ordonnateur de l'ordre présent et un "prophète de l'avenir"* » : S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, 1974, p. 281 ; V. également, N. Dion, *op. cit.*, n° 9 : « *Devançant le législateur ou l'incitant progressivement à transformer des lois trop éloignées des aspirations et des mœurs des individus, le juge en quête d'un juste général opère le rééquilibrage d'un texte pour le rendre plus conforme aux lois universelles. Mais il doit garder à l'esprit que cette quête de l'absolu conduit parfois aux pires dérives totalitaires* ».

[1037] A. Debet, *op. cit.*, n° 258 : « *S'agissant des lois, le juge pourrait considérer qu'il existe une présomption très forte du respect par le législateur de l'exigence de la proportionnalité et que seule une divergence évidente et incontestable entre la manière dont la Cour européenne conçoit cette proportionnalité et la manière dont le législateur l'a conçu peut justifier une mise à l'écart de la norme critiquée* ».

[1038] A. Debet, *op. cit.*, n° 259 et s.

[1039] « *La proportionnalité permet paradoxalement de limiter les prérogatives croissantes du juge et, en même temps, de légitimer aux yeux des justiciables la nature et l'étendue de ces prérogatives* », M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 411, 2004, n° 778.

d'ailleurs être critiqués en ce qu'ils ont insuffisamment mis en évidence la pesée des intérêts précédant la solution retenue. Or, plus la motivation et la solution seront explicites et limpides, moins la Cour européenne sanctionnera l'Etat convoqué à Strasbourg[1041]. Une restriction portée à un droit de l'Homme doit être justifiée par des motifs pertinents et suffisants, afin de convaincre les juges européens, s'ils venaient à être saisis[1042]. Doivent donc apparaître les points de vue intéressés afin de permettre au juge strasbourgeois « *d'estimer qu'ayant pris une décision aussi informée que possible, le juge étatique n'a fait qu'utiliser la marge d'appréciation qui lui est reconnue* »[1043]. A défaut, la subsidiarité de l'intervention européenne risque d'être réduite[1044]. La Cour de cassation semble alors placée devant un « *dilemme déchirant : européaniser ses méthodes ou marginaliser sa position…* »[1045]. En dépit de leur motivation succincte[1046], les arrêts de cassation doivent essayer de mettre en exergue la proportionnalité de la décision[1047]. Il ne suffit plus de connaître les règles matérielles issues du système conventionnel, il faut aussi savoir les appliquer et le démontrer.

[1040] M.-A. Frison-Roche, *op. cit.,* spéc. n° 14, p. 468.

[1041] V. Le développement relatif à « la sanction de l'intransigeance nationale », Partie I, Titre II, Chapitre II, *supra*.

[1042] En ce sens « *une motivation moins succincte des décisions de la Cour de cassation, statuant sur la violation d'un des droits garantis par la Convention, est un moyen pour cette dernière de montrer à la Cour européenne qu'elle se comporte comme un juge européen et de faire prévaloir une interprétation unifiée du texte européen* », A. Debet, *op. cit*., p. 808.

[1043] O. de Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge interne », *RBDI*, p. 66.

[1044] La Cour a affirmé qu'en « *optant pour une réponse laconique, l'arrêt de la Cour de cassation (…) l'oblige à se livrer à un examen de fond de l'affaire afin de s'assurer que les règles du procès équitable n'ont pas été méconnues* », Cour EDH, déc. *Jahnke et Lenoble c. France* du 29 août 2000, req. n° 40490/98 ; L'obligation de motivation pose le problème de l'étendue du contrôle de la Cour : P. Titiun, « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la motivation des décisions internes », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1403 ; O. de Schutter, *op. cit*., *RBDI*, p. 64 et s.

[1045] Th. Revet, *RTD civ.* 2004, p. 318.

[1046] Le juge Mastcher a distingué, parmi les habitudes des différentes juridictions européennes « *la motivation succincte, suivie en premier lieu par les hautes juridictions de type français* » et « *la motivation extensive et d'une ampleur souvent "épique" que l'on rencontre dans les arrêts des juridictions d'autres pays* », Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'Homme, *RCADI*, 1997, tome 270, pp. 241-396, spéc. p. 310.

[1047] L'obligation de motiver ne porte que sur les motifs pertinents, c'est-à-dire ceux de nature à exercer une influence sur la solution du litige ; Cour EDH, arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994,

§ II - LA DÉMONSTRATION DU JUSTE ÉQUILIBRE PAR LE JUGE INTERNE

302. Plusieurs arrêts rendus par les juridictions judiciaires françaises ont d'ores et déjà opéré une transposition de l'effet horizontal de la CEDH en droit interne. Ces décisions permettent de mettre en évidence les conditions actuelles d'une diffusion horizontale de la Convention, parmi lesquelles certaines sont critiquables en ce qu'elles démontrent insuffisamment ou maladroitement qu'un juste équilibre a été recherché. Avant d'examiner la jurisprudence nationale, il convient de préciser que le juge judiciaire n'a pas à intégrer l'intérêt de l'Etat dans son raisonnement[1048]. Le conflit qu'il doit trancher oppose deux intérêts privés. S'inspirer de la technique européenne des obligations positives serait une méprise. Il a été démontré précédemment que ce mécanisme permettait à la Cour d'apprécier l'effet de la décision qu'elle rend sur l'Etat mis en cause, qu'il s'agissait d'une auto-discipline justifiée par le principe de subsidiarité[1049]. C'est une technique européenne, qui doit le rester. Elle ne trouve aucun intérêt dans un contentieux privé tranché par le juge judiciaire. D'ailleurs les juges européens n'imposent pas la recherche d'une obligation positive mais celle d'un juste équilibre entre deux intérêts. Il est aussi évident qu'une abstraction du rôle de l'Etat implique de ne pas étudier, non plus, son comportement en considération de ses actions ou de ses inactions. Le litige horizontal n'a pas de « *caractère trilatéral* » devant les juridictions internes[1050].

303. L'usage de la proportionnalité doit servir à garantir ou restaurer un équilibre entre deux intérêts privés, à protéger d'un rapport de domination[1051]. C'est alors un

---

série A, n° 288 ; Le professeur Puech a mis en garde la Cour européenne : « *la Cour de cassation française n'est pas un troisième degré de juridiction ; il ne faudrait pas que la Cour européenne tende à paraître comme un quatrième degré de juridiction ; et qu'elle réfléchisse encore : qui, sinon la juridiction interne, est mieux placée que la Cour européenne des droits de l'Homme pour apprécier la pertinence des conditions d'application de l'exigence d'une motivation ?* », « Une décision motivée », *in* D. D'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2003, p. 235, spéc. p. 240.

[1048] Comp. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *D.* 2005, jur. p. 36. Nous ne reviendrons pas sur les démonstrations de ces auteurs puisqu'elles ont déjà fait l'objet d'une étude critique précédemment.

[1049] Il n'y donc pas lieu de recourir à une « proportionnalité inversée » ; comp. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 39.

[1050] V. Partie I, Titre I, Chapitre II.

[1051] Les précisions qui suivent ne sont que des rappels des développements effectués *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre II.

mécanisme correcteur[1052] ou modérateur[1053], et directeur[1054]. Contrairement au litige tranché par la Cour européenne, l'intérêt général n'est pas exposé mais il n'est pas pour autant absent. Cela a été précisé précédemment[1055], il n'est pas pertinent d'opposer intérêt général et intérêts privés[1056]. En outre, l'intérêt privé protégé, vecteur de droits de l'Homme, est un intérêt supérieur d'intérêt général[1057]. Les intérêts en opposition doivent bien évidemment être légitimes. La Cour européenne admet qu'une restriction à un droit de l'Homme soit justifiée par un autre droit conventionnel, mais aussi par un droit qui ne figure pas dans la Convention. Cette dernière hypothèse impose toutefois que des exigences impérieuses la justifient[1058]. De même, la privation d'une garantie conventionnelle ne peut être totale. Le contrôle de proportionnalité devra aboutir à une sanction puisque l'individu doit en effet conserver la possibilité d'user de son droit. En toute occurrence, aucun déséquilibre considérable et déraisonnable entre le but poursuivi et les restrictions imposées ne doit exister. En outre, la volonté marquée par l'intéressé ne suffit pas à légitimer les charges qui lui sont imposées[1059] et ne la prive pas d'une protection. Ce que la Cour européenne semble souhaiter, c'est un examen complet des divers intérêts avant de faire pencher la balance en faveur de l'un d'eux, et que le juge démontre que cet examen a été effectué. Pour autant, la mise en conformité du

---

[1052] R. Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *op. cit.*, p. 58.

[1053] M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 3, spéc. p. 10.

[1054] M. Behar-Touchais, *op. cit.*, p. 9 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*, n° 778.

[1055] V. Partie I, Titre I, Chapitre II, *supra*.

[1056] En ce sens également, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*, n° 34 : « *l'intérêt général est manifestement aujourd'hui autant celui de la sphère publique, l'Etat, que celui de la sphère privé, la société civile* ». Selon l'auteur la revendication sociale de l'intérêt général se décline de trois manières complémentaires : l'idéologie du marché, l'essor d'un « droit social », et l'émergence d'une « *zone intermédiaire* » entre l'individu et l'Etat. Cette dernière occurrence vise « *l'opposition déclinante de l'intérêt général véhiculé par certaines infractions pénales et des intérêts particuliers (individus ou groupe collectifs)* » et « *la recevabilité des actions collectives en matière civile* », n° 29 et s.

[1057] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, préc., n° 733.

[1058] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud.

[1059] « *La coopération de la victime aux mesures restreignant ses droits n'a pas d'incidence sur leur qualification – qui restent des ingérences* » V. Coussirat-Coustère, « Article 8 § 2 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, pp. 323-351, spéc. p. 333.

droit français avec les exigences conventionnelles n'est pas toujours aisée. La Cour européenne statuant *in concreto*, il y a une part d'aléa[1060] dans l'interprétation des dispositions conventionnelles, pouvant amener le juge interne à se montrer trop timoré ou trop audacieux[1061]. Dès lors, en « *l'absence d'une volonté réelle, discernable, serait-elle implicite, les tribunaux sont amenés à "construire" sur le texte du traité : ils rechercheront la solution qui répond le mieux aux objectifs du traité, à son économie générale, aux intérêts à sauvegarder (…). L'interprétation est toujours finalement créatrice* »[1062].

304. Plusieurs décisions judiciaires françaises font application de la CEDH dans les relations interindividuelles et reconnaissent par-là l'effet horizontal de la Convention en droit interne. Il convient de confronter les raisonnements adoptés aux prescriptions européennes de juste équilibre. Toutes les décisions reconnaissant un effet horizontal à la Convention ne seront pas étudiées[1063], mais seulement celles démontrant la compréhension de l'exigence de juste équilibre, celles qui, à l'inverse, témoignent d'une grave confusion, ou encore celles qui pourraient encourir une sanction européenne en raison d'une démonstration part trop elliptique. Un rapide examen de la jurisprudence relative à la conciliation de la liberté d'expression et du respect de la vie privée précèdera une étude plus longue de l'effet horizontal en matière contractuelle.

305. Les conflits relatif à l'usage de la liberté d'expression font l'objet d'une jurisprudence nationale faisant expressément référence à l'exigence européenne de juste équilibre et, de ce fait, ne nécessitent pas d'amples développements. Par exemple, dans un

---

1060 G. Canivet, « Cour suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique ? », *in Le dialogue des juges*, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 12 janvier 2005, http://www.courdecassation.fr/article8451.html., p. 4.

1061 Si le juge est trop timoré, la Cour européenne constatera une violation. A l'inverse, si sa décision est trop audacieuse, « *il s'expose à la critique d'abus de "l'abrogation judiciaire de la loi". Ainsi s'est développée la dérision du "droit de l'hommisme" que nous connaissons bien* », G. Canivet, *loc. cit*.

1062 H. Batiffol, « Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, pp. 29-46, spéc. p. 32.

1063 Pour de nombreux exemples en matière contractuelle, quoique dépassant le seul recours à la CEDH, V. E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental », *in* B. Fagès (dir.), *Lamy Droit du contrat*, Etude 245 (mars 2006).

arrêt du 23 avril 2003[1064], la première Chambre civile a approuvé la Cour d'appel qui « *a justifié l'équilibre qu'elle expose avoir recherché, à travers les sanctions prononcées, entre la liberté de l'information et le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale* ». Refusant toute hiérarchie entre le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée[1065], les juges du fond avaient constaté que si l'événement pouvait légitimement être relaté, la présentation des faits constituait une extrapolation non nécessaire à l'information des lecteurs et un détournement de l'objectif d'information. En écartant toute idée de hiérarchie entre les intérêts en présence au bénéfice d'une étude casuistique, le raisonnement retenu est fidèle aux prescriptions européennes. Sur le fond, cet arrêt anticipe même la jurisprudence *Van Hannover* ayant écarté la satisfaction de la curiosité d'un certain public au profit du respect de la vie privée[1066]. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence en précisant que les article 8 et 10 de la CEDH font « *devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »[1067]. La liberté d'expression s'incline devant le droit au respect de la vie privée lorsque la nécessité de l'information n'est pas évidente[1068]. De même, l'atteinte à la vie privée ou aux droits de la

---

[1064] Cass. civ. 1ère, 23 avril 2003, *SA Cogedipresse c. Mme Grimaldi* ; *JCP G*, II, 10085, note J. Ravanas, *D.* 2003, somm. p. 1539, obs. A. Lepage ; *D.* 2003, p. 1854, note Ch. Bigot.

[1065] En l'espèce, une princesse vivant au sud de la France avait demandé réparation à la société éditrice de l'hebdomadaire *Paris-Match* en raison de la publication de nombreuses photos et commentaires prospectifs consacrés à la relation extra-conjugale de son époux. Les juges du second degré avaient alors affirmé que « *si l'article 10 de la Convention européenne et l'application jurisprudentielle qui en est faite par la Cour européenne consacrent le droit à l'information, lequel pondère le droit de chacun à sa vie privée, l'article 8, § 1 de la Convention européenne pose également le principe du droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, qu'il n'y a donc pas hiérarchie entre ces deux principes mais nécessité de trouver le juste équilibre en fonction des cas d'espèces qui commandent leur application ainsi que celle des dispositions de l'article 9 du Code civil* », Versailles, 2 novembre 2000, *JCP G*, II, 10085, p. 1001, note J. Ravanas.

[1066] Cour EDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004 , req. n° 59320/00 ; *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J-P. Marguénaud.

[1067] Cass. civ. 1ère, 9 juillet 2003, *JCP* 2003, II, 10139, note J. Ravanas. Le magazine *Le Figaro littéraire* avait envisagé de confier à Madame Chandernagor la rédaction d'une fiction en quatre épisodes, inspirée de la disparition mystérieuse d'une famille, affaire alors en cours d'information judiciaire. Après la parution du premier volet de la série, des membres de la famille des disparus ont obtenu en référé l'interdiction de la diffusion des trois autres épisodes. Le pourvoi reprochait au juge du fond d'avoir retenu une mesure disproportionnée, l'interdiction de publication, au regard à l'article 10 de la CEDH.

[1068] En l'espèce, les juges ont considéré que la relation des évènements sous la forme d'un feuilleton ne répondait pas à un besoin légitime d'information du public mais au seul agrément des lecteurs.

défense doit être démontrée ; le constat d'une « *atteinte évidente aux droits de la défense* » ne suffit pas à justifier une restriction à la liberté d'expression[1069]. Aussi la Cour de cassation incite-t-elle les juges du fond à motiver avec rigueur l'arbitrage qu'ils font entre les droits en conflit[1070]. La jurisprudence nationale apparaît donc en conformité avec les exigences européennes, tant sur le fond que sur la forme. Certains regrettent la « *mesure quasi millimétrique* »[1071] que la Cour de cassation met en œuvre pour harmoniser le respect de la vie privée et la liberté d'information, et le risque d'imprévisibilité de la sanction. Pourtant, le refus d'une « *hiérarchie dogmatique* »[1072] au bénéfice d'une analyse casuistique répond à la définition européenne du juste équilibre, laquelle « *présuppose des mesures visant à favoriser les deux parties* »[1073]. Elle témoigne également de la difficulté à concilier la liberté d'expression et le respect de la vie privée[1074]. Le recours à la proportionnalité facilite alors l'harmonisation de normes « *apparemment contradictoires* »[1075].

[1069] Cass. civ. 1ère, 14 juin 2005, *Eva Joly et Sté Editions Les Arènes c. Ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris*, pourvoi n° 03-17730, *Bull civ.* I, n° 261 ; *Légipresse* n° 228, Janvier/Février 2006, 224-22, p. 1, obs. J.-Y. Dupeux. En l'espèce, Mme E. Joly avait publié un livre dont le sous-titre était « Les coulisses de l'affaire Elf », affaire dont elle avait eu à connaître lorsqu'elle exerçait les fonctions de magistrat instructeur, mais qui n'était pas encore jugée au moment de la publication. Les prévenus ne s'étaient pas plaint, mais un syndicat d'avocat, auquel s'était joint l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, avait saisi le juge des référés pour demander la suspension de la diffusion. Dans un arrêt confirmatif, la Cour d'appel de Paris avait considéré que le livre « *portait une atteinte évidente aux droits de la défense* ». Visant l'article 10 § 2 de la CEDH, l'arrêt de cassation précise « *qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi le contenu du livre portait atteinte aux droits protégés par le premier des textes susvisés, la Cour d'appel les a violés* ». D'ailleurs, J.-Y. Dupeux indique les décisions de fond permettent de constater que les juges ne disposaient pas de l'ouvrage litigieux !

[1070] J.-Y. Dupeux, *op. cit.*, spéc. pp. 1 et 4.

[1071] J.-Y. Dupeux, *op. cit.*, spéc. p. 3.

[1072] J. Ravanas, *op. cit.*, p. 1575.

[1073] Cour EDH, arrêt *Novoseletskiy c. Ukraine* du 22 février 2005, req. n° 47148/99, § 86.

[1074] « *En réalité, autant l'échec du législateur dans la formulation des principes de solution, que cet autre échec de la doctrine, malgré ses très nombreuses tentatives, dans l'élaboration de valeurs juridiques générales et universelles, démontrent l'impossibilité de résoudre d'avance et d'une manière définitive et satisfaisante le problème des sources d'inspiration du juge* », S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, 1974, p. 275.

[1075] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*, n° 778.

306. Il importe à présent d'examiner l'usage de la technique du juste équilibre en matière contractuelle, où les arguments fondés sur la CEDH ont un succès grandissant[1076]. Gény relevait que le problème du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté se montre dominé par un principe général de solution : l'équilibre des intérêts en présence[1077]. Le juge est appelé « *à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un* criterium *social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable* »[1078]. L'évaluation et la pesée des intérêts recommandée, tant par la Cour européenne que par F. Gény, n'apparaît pas toujours dans les arrêts de la Cour de cassation. Quant au *criterium* social, deux enseignements ressortent actuellement de la jurisprudence française ; d'une part, la volonté des juges de nuancer la présomption de liberté des contractants, d'autre part, la défense d'un principe intangible de laïcité. Si le respect de la vie privée et de la liberté d'association bénéficient d'une protection accrue, il n'en va pas de même de la liberté de manifester ses convictions.

307. L'arrêt *Mel Yedei* du 6 mars 1996[1079], rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation à propos d'un bail dont les clauses étaient litigieuses, constitue une première étape vers l'appropriation de l'effet horizontal en droit interne[1080]. En l'espèce, une

---

[1076] J. Rochfeld, *RDC* 2004, p. 234. Sur l'avantage lié à l'invocation de la CEDH, V. E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental », op. cit., n° 245-15 : l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi est irrecevable devant les juridictions judiciaires, tandis que la Cour de cassation « *tient pour inefficaces les dispositions législatives inconciliables avec les traités internationaux. Il s'ensuit qu'une clause imposée ou suggérée par une loi transgressant la Convention EDH doit logiquement être anéantie* » ; J. Mestre, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations », *European, review of private law* 1994, p. 31 ; J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, T. 1, LGDJ, 1997, p. 45 ; C. Lalaut, « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doct., p. 554.

[1077] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. II, 2ème éd., LGDJ, 1919, n° 173.

[1078] F. Gény, *loc. cit.*

[1079] *RTD civ.* 1996, p.581-4, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1996, p. 1025, obs. J.-P. Marguénaud,; *JCP* 1996, I, 3958, Chron. Ch. Jamin ; *JCP* 1997, II, 22764, note Nguyen Van Tuong ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy.

[1080] « Une lente appropriation de l'effet horizontal », *in* J.-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, 162 et s.

locataire avait accueilli et hébergé le père de ses deux enfants ainsi que sa sœur. Or, le contrat de bail stipulait que le preneur occuperait le logement exclusivement pour son habitation personnelle ou celle de ses enfants et lui interdisait de prendre des initiatives pouvant avoir pour objet ou pour effet de mettre le bailleur[1081] en présence d'autres occupants. Les juges du droit, approuvant la solution de la Cour d'appel, ont invoqué d'office l'argument européen pour affirmer que « *les clauses d'un bail d'habitation ne pouvant, en vertu de l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, la Cour d'appel (…) a légalement justifié sa décision* ». Si la solution obtenue n'est pas inhabituelle dans la jurisprudence nationale, le recours aux normes européennes en constitue l'originalité[1082], faisant ainsi prévaloir le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par la CEDH, sur la force obligatoire du contrat. Selon la Cour de cassation, les clauses d'un contrat de bail ne peuvent donc réduire le respect du droit à la vie privée et familiale. Si l'issue du litige peut se justifier, cela n'apparaît pas expressément dans l'arrêt. Le raisonnement n'est pas explicité, ni motivé par la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts du bailleur et ceux du preneur. Seule la décision d'appel est visée et non la mesure d'ingérence du preneur. Il aurait fallu faire apparaître que l'intérêt du bailleur voire l'intérêt des tiers, c'est-à-dire la jouissance paisible de leur logement par les voisins, ne pouvaient justifier une telle restriction au droit à la vie privée et familiale des preneurs.

308. Le principe contenu dans l'arrêt *Mel Yedei* a été réaffirmé dans un arrêt rendu le 22 mars 2006[1083]. En l'espèce, le litige opposait, non pas le bailleur au preneur, mais les deux co-preneurs d'un appartement. L'une d'entre eux avait accueilli sa fille dans le logement pour une durée indéterminée, au mépris d'une clause du bail excluant la jouissance des lieux par autrui. L'autre titulaire du bail obtint alors l'expulsion de l'occupante sans titre. L'arrêt de la 3ème Chambre civile, sous le visa de l'article 8 de la CEDH, précise que dès lors que la mère occupait personnellement le logement, les clauses d'un bail ne peuvent avoir pour effet

---

[1081] Le bailleur était l'Office public d'habitations de la Ville de Paris, établissement public à caractère industriel et commercial, mais l'issue du litige n'aurait sans doute pas été différente si le bail avait été conclu entre deux particuliers.

[1082] L'opportunité du fondement européen a été discutée, V. Ch. jamin, *op. cit.*, spéc. n° 2.

[1083] Cass. civ. 3ème, 22 mars 2006, *SMHLM*, pourvoi n° 04-19.319 ; *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, p. 18, note E. Garaud ; *Loyers et copropriété* 2006, n° 93, comm. B. Vial-Pedroletti ; *Revue des loyers* 2006, p. 287, obs. J. Remy.

de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches. Rendu sous la présidence du Premier président de la Cour de cassation[1084], l'arrêt retient une interprétation du contrat conforme aux principes garantis par la CEDH[1085] en précisant qu'un individu peut héberger ses proches s'il ne déserte pas les lieux. Pour autant, on peut regretter que l'arbitrage entre les différents droits n'apparaisse pas alors que, au-delà de la clause contractuelle limitant l'usage des lieux, pouvait être pris en compte l'atteinte à la vie privée du colocataire contraint de vivre avec une troisième personne[1086].

309. Le 12 janvier 1999[1087], la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une clause de mobilité contenue dans un contrat de travail au regard de l'article 8 de la CEDH. En l'espèce, un attaché commercial était lié par un contrat de travail, dont une clause réservait à l'employeur la possibilité de modifier la région d'activité du salarié en lui demandant de déménager dans les six mois suivant le changement d'affectation. L'attaché commercial, refusant de transférer son domicile de la région parisienne au sud de la France, fit l'objet d'un licenciement validé par la Cour d'appel. L'arrêt de cassation, fondé sur l'unique visa de l'article 8 de la CEDH, indique que « *le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur*

[1084] E. Garaud, *op. cit.*, p. 20 : le Premier président a fait usage de l'article L. 131-6-1 du Code de l'organisation judiciaire lui permettant de présider une chambre « *quand il l'estime convenable* ». Aussi est-il intéressant de constater la présence du Premier président de la Cour de cassation, alors que dans une contribution aux Mélanges G. Cohen-Jonathan, il avait précisé que, « *dans son effort d'harmoniser le droit français avec le droit européen, le juge de cassation sera sans doute porté à accorder une attention prioritaire aux affaires les plus importantes sous l'angle de ces normes supranationales* », « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 367, spéc. P. 382.

[1085] Ce qui fait dire à E. Garaud que « *le désamorçage de la clause est plus subtil* » que si les juges l'avaient déclarée nulle, *op. cit.*, p. 21.

[1086] E. Garaud, *op. cit.*, p. 22-23 ; l'auteur s'interroge sur la situation du colocataire dont la tranquillité est troublée et sur le respect de sa vie privée : « *pourquoi sa renonciation à profiter pleinement de ce précieux droit de la personnalité aurait-elle davantage de force que l'abdication réalisée par la signature d'une clause d'habitation personnelle ?* » ; mais, conclut E. Garaud, il faut être conscient des dangers de la renonciation.

[1087] Cass. soc., 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac* ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. Mestre ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray ; *RJPF* mai 1999, n° 3, p. 8, note E. Garaud ; *Travail et protection sociale* 1999, chron. 6, Ch. Pettiti, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection du domicile du salarié ; *RJS* 1999, p. 94, chron. J. Richard de la Tour ; *Cah. Soc. barreau Paris*, n° 110, A. 25, p. 159, obs. R. Wintgen.

n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ». Après un examen du contentieux et de la solution des juges du fond concluant à la licéité de la clause litigieuse, la Cour décide « *qu'en statuant par ces seuls motifs qui ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d'avoir une résidence à Montpellier, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié et alors qu'elle n'explique pas en quoi les attributions de M. Spileers exigeaient une présence permanente à Montpellier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cette jurisprudence a suscité des réserves doctrinales quant au raisonnement adopté par les juges du droit. Outre une interprétation extensive du droit au domicile[1088], et un fondement qui aurait pu être extrait du droit interne[1089], la Cour de cassation française aurait fait une application contestable du principe de proportionnalité[1090] en attribuant à l'un des particuliers le rôle normalement dévolu à un Etat devant les instances européennes[1091]. Au surplus, la recherche effectuée par les juges aurait pour conséquence de soumettre la validité de la clause de transfert de domicile à l'appréciation d'éléments extérieurs à la conclusion du contrat, d'octroyer à l'article 8 de la Convention un caractère tantôt supplétif, tantôt alternatif, et enfin, d'une manière générale, d'effectuer une appréciation casuistique peu satisfaisante au regard de l'exigence de sécurité contractuelle[1092].

[1088] L'interprétation française du droit au respect du domicile dépasse celle donnée par la Cour européenne puisque celle-ci considère que l'article 8 « *ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général* » ; Cour EDH, arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* du 25 septembre 1996. Cette solution, antérieure à l'arrêt *Spileers*, n'a fait l'objet d'aucune évolution pouvant corroborer l'audace des juges nationaux, mais, à l'inverse, a été confirmée par la grande Chambre de la Cour européenne : Cour EDH, Grande Chambre, arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, req. n° 27238/95, § 113.

[1089] L'article 9 du Code civil, à défaut de l'article L. 120-2 du Code du travail inapplicable à l'époque des faits, aurait ainsi pu justifier la solution adoptée ; en ce sens, J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 646. Cependant, selon J. Richard de la Tour, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, « *en se fondant sur la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme, la chambre sociale manifeste clairement sa volonté d'utiliser pleinement les normes juridiques internationales applicables en droit interne et de rendre celles-ci efficaces et concrètes pour les relations entre employés et salariés* », *op. cit.* ; V. également, Ch. Pettiti, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit social français », *in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1283, spéc.p. 1295.

[1090] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 647.

[1091] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.* ; *GACEDH*, p. 32, comm. F. Sudre.

[1092] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*, p. 648.

310. Il est certain que le recours au droit interne aurait pu suffire à justifier la solution. Quant au raisonnement des magistrats, il ne semble pas qu'il soit contestable. Le droit interne, dont la mise à l'écart est dénoncée, aurait favorisé la même argumentation sans que cela eut été critiqué. La Cour européenne reconnaît tout à fait que le droit des uns puisse être limité par celui des autres, alors même que ce dernier ne figure pas dans la Convention. Cette occurrence est inéluctable lorsque le conflit est horizontal, puisque les droits garantis ne sont pas absolus. En l'espèce, la dénonciation du caractère alternatif ou supplétif de l'article 8 ne semble pas se justifier. Aucune décision européenne ne précise que cette disposition a un caractère impératif nécessitant une sanction de toute ingérence ou une logique du tout ou rien, mais bien au contraire la Cour de Strasbourg exige une appréciation casuistique permettant de rendre la solution la plus juste au regard des circonstances entourant l'affaire. Toutes les clauses de contrat ne peuvent être validées ou annulées *a priori*. En outre, la supposée « *marge d'appréciation individuelle* » est bien faible puisque les juges exigent que le transfert de domicile soit « *indispensable* » pour l'entreprise et que la restriction aux droits du salarié soit proportionnée à l'intérêt de l'entreprise. Refuser à l'employeur cette prétendue « *marge d'appréciation individuelle* » qui permet de restreindre les droits du salarié conduirait à exclure toute clause de mobilité dans le contrat de travail. C'est pourquoi, cet arrêt est convenable en ce qu'il a adéquatement identifié les divers intérêts avant de considérer que la mesure était disproportionnée au but poursuivi ; le transfert de domicile n'était pas indispensable pour l'entreprise, puisque le salarié avait proposé de transposer simplement sa résidence. Depuis, la Chambre sociale est allée plus loin en exigeant que la mise en œuvre même de la clause de mobilité soit « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (et) proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »[1093].

311. L'arrêt *Nikon*, rendu par la Chambre sociale le 2 octobre 2001, a également été particulièrement remarqué[1094]. Un employeur s'était autorisé à contrôler la correspondance électronique de ses salariés et avait ainsi découvert que l'un d'entre eux envoyait et recevait des messages personnels pour développer une activité parallèle, usage de l'outil informatique

---

[1093] Cass. soc., 3 novembre 2004, *Sté Mona Lisa c. Mme Ilhame Bekkouche*, pourvoi n° 03-40.158, inédit ; *RDC* 2005, p. 381, obs. Ch. Radé.

[1094] *D*. 2001, jur. 3148, note P.-Y. Gautier ; *D*. 2002, somm. p. 2296, obs. C. Caron ; *Comm. com. électr*. 2001, comm. 120, obs. A Lepage ; *RJS* 2001, n° 12, p. 940, note F. Favennec-Hery ; *Dr. Soc*. 2001, p. 915, note J.-E. Ray ; *RTD civ*. 2002, p. 72, obs. J. Hauser.

que l'employeur avait pourtant interdit. La Cour d'appel constata une faute grave entraînant le licenciement. Au visa des articles 8 CEDH, 9 du c. civ., 9 NCPC[1095] et L. 120-2 c. trav.[1096], la Cour de cassation énonce que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* ». La Cour de cassation étend donc la vie privée au temps et lieu de travail, développement qui a été qualifié de trop absolu[1097]. Cette application de l'article 8 à l'interception des communications sur le lieu de travail est conforme à la jurisprudence européenne[1098]. Cependant, l'affirmation radicale de la Cour ne témoigne d'aucune pesée des intérêts en l'espèce et ferme cette possibilité pour l'avenir. En ce sens elle est critiquable. La Cour de cassation est depuis revenue sur la solution intransigeante que contenait cette décision. Le 17 mai 2005[1099], la Chambre sociale a eu l'occasion de se prononcer sur un problème similaire à celui soulevé dans l'arrêt *Nikon*. En l'espèce, un employé avait été licencié parce son employeur, après avoir découvert des photos pornographiques dans un tiroir de son bureau, avait eu l'idée de rechercher ce que contenait son ordinateur et y avait trouvé un dossier personnel contenant des documents étrangers à la fonction du salarié[1100]. La Cour d'appel avait admis un licenciement pour faute grave, raisonnement que la Cour de cassation censure, après avoir visé les mêmes dispositions que dans l'arrêt *Nikkon*. Elle nuance cependant cet arrêt : « *sauf*

[1095] « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de ses prétentions* ». La Chambre sociale avait déjà affirmé que l'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet des débats ; Cass. Soc. 20 novembre 1991, *D.* 1992, 73, concl. Chauvy ; Cass. Soc. 4 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 64 ; l'avertissement préalable du salarié est nécessaire, Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101, *D.* 2000, IR p. 105.

[1096] « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

[1097] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 7, p. 3150.

[1098] Cour EDH, arrêt *Halford c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, req. n° 20605/92, § 44.

[1099] Cass. soc, 17 mai 2005, *Philippe X c. Cabinet-Science*, pourvoi n° 03-40.017 ; *Comm. com. Electr*. juillet 2005, comm. 121, obs. A. Lepage.

[1100] Aucune information n'est disponible sur la teneur de ces documents.

risque ou évènement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de dernier ou celui-ci dûment appelé ». L'ouverture des dossiers ayant été effectuée en l'absence du salarié et aucun risque ou évènement particulier ne la justifiant, la Chambre sociale a considéré que la Cour d'appel avait violé les textes visés. La règle protectrice du salarié est maintenue mais elle peut désormais faire l'objet d'exceptions en cas de risque ou d'évènement particulier constitutif de l'intérêt légitime de l'employeur. Il faut approuver cette logique qui, tout en étant protectrice du salarié, réserve des circonstances exceptionnelles, qu'il appartiendra au juge d'établir s'il est saisi.

312. Toujours dans la même logique de contrôle de l'employé par son employeur, il convient de relever un arrêt soumettant les relations de travail aux dispositions européennes, rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 26 novembre 2002[1101]. En l'espèce, une visiteuse médicale soupçonnée par son employeur de mentir sur son emploi du temps, fit l'objet d'une filature par ce dernier. Les constatations effectuées n'étant pas favorables à la salariée, elle fut licenciée pour faute grave. La Cour de cassation, en désaccord avec l'arrêt des juges d'appel, estima qu' « *il résulte de l'article 8 de la CEDH, 9 du Code civil, 9 du NCPC et L. 120-2 du Code du travail, qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* ». Le visa est identique à celui de l'arrêt *Nikon* et l'affirmation ferme[1102]. En l'espèce, l'utilisation du principe de proportionnalité permet à la Cour de considérer que l'intérêt de l'employeur ne peut justifier l'emploi d'un moyen de preuve illicite portant atteinte au droit au respect de la vie privée de son employée. Ce raisonnement est explicite et donc convaincant.

313. Enfin, pour clore cette recension d'arrêts relatifs à l'application de l'article 8 de la CEDH, on peut relever un exemple de ce que le juge ne doit pas faire lorsqu'il décide

[1101] *D.* 2003, p. 394, obs. A. Fabre ; *RTD civ.* 2003, p. 58, obs. J. Hauser ; *Dr. soc.*, février 2003, p. 225, note J. Savatier ; *D.* 2003, somm. p. 1536, obs. A. Lepage ; J. Ravanas, « Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation "défectueuse de travail" », *D.* 2003, chron. p. 1305.

[1102] Il semblerait qu'il s'agisse là d'une fermeté à destination des juges du fond, beaucoup plus favorables aux pratiques de filature, A. Lepage, *loc. cit.* et J. Hauser, *loc. cit.*

d'appliquer la Convention à un contentieux privé. Il s'agit de l'arrêt de la 2ème Chambre civile du 10 juin 2004, déjà connu sous le nom arrêt *Comité d'établissement Pierre Bénite*[1103]. Conformément aux exigences du Code du travail, une société devait adresser une déclaration annuelle à l'Administration, l'informant du nombre de travailleurs handicapés inscrits dans ses établissements, mais aussi en faire part au comité d'établissement. L'information ne fut pas complètement transmise à ce dernier, et la société fut condamnée à lui communiquer l'intégralité des déclarations annuelles sous astreinte. Après avoir visé l'article 8 de la Convention et 9 du Code civil, la Chambre sociale affirme correctement que, « *selon ces textes, toute personne a droit au respect de sa vie privée et il ne peut y avoir ingérence dans l'exercice de ce droit que de la part d'une autorité publique poursuivant certains objectifs limitativement énumérés* » mais ajoute incorrectement que « *les informations divulguées, relatives à l'état de santé des intéressés, relèvent de la vie privée et que le comité d'établissement, chargé d'assister les dirigeants de l'entreprise dans leur décision, n'est pas une autorité publique au sens du premier des textes susvisés* ». La solution est juste, puisqu'elle protège un droit légitime à la protection de données médicales, mais le raisonnement est surprenant. Il révèle une confusion entre l'effet horizontal et l'effet vertical de la CEDH. Les juges justifient leur solution en cherchant à assimiler le comité à une autorité publique, alors que cette référence est inutile puisque l'effet horizontal permet des restrictions. Dans les rapports interpersonnels, les limitations aux droits de l'Homme sont bien évidemment admises, si elles sont justifiées par un intérêt légitime, nécessaires à la protection de cet intérêt et s'il existe une proportionnalité. En outre le comité d'établissement n'était auteur d'aucune ingérence, puisqu'il ne détenait justement pas les informations qu'il souhaitait[1104]. Cette décision nous permet de conclure que, manifestement, le sens des dispositions européennes et les méthodes pour les appliquer ne sont pas encore pleinement maîtrisées lorsque le contentieux est horizontal. Cependant, au regard de la jurisprudence de la Chambre sociale, il possible de considérer que le respect de la vie privée et l'application de l'article 8 de la CEDH aux relations de travail semble « *avoir trouvé son cap* »[1105].

[1103] *D*. 2005, p. 469, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly, ; *JCP E.*, 2005, 660, comm. J. Raynaud; *RJPF*, 11/9, obs. E. Putman.

[1104] J.-P. Marguénaud et J. Mouly, préc.

[1105] E. Dreyer, « Le respect de la vie privée, objet d'une droit fondamental », *Communication Commerce électronique*, mai 2005, Etude 18, *in fine*.

314. Les clauses de bail retiendront également notre attention, mais cette fois au regard de la liberté d'association dans un conflit tranché par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation[1106]. En l'espèce, le bailleur d'un local commercial avait, par une clause du contrat, imposé au preneur d'adhérer à l'association des commerçants du centre commercial où était situé le local, et d'en rester membre durant la durée du bail. Or, après avoir cotisé quelques temps, la société preneuse a contesté cette clause et exigé une répétition de l'indu. La Cour d'appel de Nîmes[1107] a rejeté sa demande au motif que l'obligation avait été conventionnellement et librement acceptée. La Cour de cassation, au visa des articles 11 de la CEDH[1108] et 4 de la loi du 1er juillet 1901 casse et annule l'arrêt d'appel pour violation de ces textes. Après avoir énoncé que « *tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire* », elle conclut que « *la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* ». La solution n'est pas nouvelle puisque l'Assemblée plénière avait déjà reconnu la liberté de se retirer d'une association après paiement des cotisations échues[1109]. Elle est également en conformité avec la jurisprudence strasbourgeoise reconnaissant le droit de ne pas s'affilier à une association ou de s'en retirer[1110]. Cependant, l'affirmation est péremptoire et ne laisse place à aucune justification d'espèce. D'ailleurs, les juges n'ont pas précisé que le but était illégitime ou que la restriction imposée n'était pas nécessaire pour atteindre ce but. Cela explique sans doute que cet arrêt ait été critiqué sur le fond : outre l'intérêt du centre

---

[1106] Cass. civ. 3ème, 12 juin 2003, *EURL Alartex c. SNC Les Marguerites*, pourvoi n° 02-10.778, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *D.* 2003, AJ, p. 1694, note Y. Rouquet ; *JCP* 2003, II, 1190, note F. Auque ; *D.* 2004, p. 367, note C.-M. Bénard ; *RTD civ.* 2003, p. 771, obs. J. Raynard ; *RTD civ.* 2004, p. 280, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 281, obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. Lardeux ; *RDC* 2004, p. 465, obs. A. Marais ; *Annuaire de droit européen* 2003, p. 735, obs. D. Roets.

[1107] Arrêt du 30 octobre 2001.

[1108] Il convient de noter que la troisième Chambre civile retranscrit dans sa décision les deux paragraphes de l'article 11.

[1109] Cass. Ass. Plén., 9 février 2001, *Bull.*, n° 3 ; *D.* 2001, p. 1493, note E. Alfanderi ; *D.* 2002, somm. p. 1522, obs. Cl. Giverdon ; *AJDI* 2001, p. 611, obs. Cl. Giverdon ; *JCP* ed. N 2001, n° 36, p. 1301, obs. M. Thioye.

[1110] Cour EDH, arrêt *Sigurdur Sigurjonsson c. Islande* du 30 juin 1993, série A n° 264, § 35 ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 34, obs. F. Sudre ; *D.* 1994, p. 181, note J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999.

commercial, que certains spécialistes des contrats spéciaux considèrent comme légitime[1111], en l'espèce, le locataire profitait automatiquement de la promotion et de la publicité du centre financés par les adhérents de l'association[1112]. Par ailleurs, il semble que si l'adhésion obligatoire avait concerné une société ou un groupement d'intérêt économique l'issue du litige aurait été différente puisque la Cour de cassation[1113] autorise, pour de tels groupements, les clauses qui ont été en l'espèce censurées[1114].

315. Enfin, le juste équilibre des intérêts en conflit ne semble pas être appliqué lorsqu'une violation de la liberté de religion, protégée par l'article 9 de la CEDH, est invoquée dans un conflit privé. Le 18 décembre 2002[1115], la troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée à propos des liens entre le contrat de bail et la liberté de religion. En l'espèce, une société propriétaire d'une résidence composée d'appartements donnés à bail avait, après avoir averti les locataires, installé une clôture fermant une entrée jusque-là libre par un système électrique de digicode. Un second accès aux logements comportait déjà un tel système. Certains preneurs ont réclamé l'installation d'une serrure mécanique à l'entrée de la résidence, leurs convictions ne leur permettant pas d'utiliser l'énergie durant le sabbat et les fêtes religieuses. La Cour d'appel de Paris[1116] avait accueilli la demande aux motifs qu'au regard de la liberté de culte garantie par la Constitution et les textes supranationaux[1117], le refus de la bailleresse d'installer une serrure mécanique à l'une

---

[1111] Des auteurs ont relevé le risque de déstabilisation des centres commerciaux et ont préconisé une intervention législative conciliant la liberté d'association et les impératifs de gestion : F. Auque, *op. cit.*, in fine ; J. Mestre et B. Fages, *op. cit.*, p. 282.

[1112] A. Marais, op. cit., p. 469.

[1113] Cass. Civ. 3ème, 12 février 1997, *Bull. civ. III*, n° 33 ; *Loyers et copropriété* 1997, n° 122, obs. G. Vigneron ; Cass. Civ. 3ème, 18 décembre 2001, *AJD Affaires* 2002, p. 461, obs. P. Capoulade.

[1114] Mais cette solution sera peut-être remise en question : D. Roets, *op. cit.*, p. 737.

[1115] Cass. Civ. 3ème, 18 décembre 2002, *Amar et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 ; *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. Guérin et note Y. Rouquet ; *RJPF* 2003, p. 9, obs. E. Garaud ; *Dr. et procédures*, 2003, 157, obs. B. Vareille ; *RTD civ.* 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2003, p. 383, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003, p. 575, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. Marais ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. Lardeux.

[1116] Arrêt du 27 octobre 2002.

[1117] On peut supposer que l'article 9 de la CEDH est inclu dans ces références ; J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 383.

des entrées de la résidence causait aux preneurs un trouble manifestement illicite et, les contrats devant être exécutés de bonne foi, la réclamation n'altérait pas l'équilibre du contrat. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour de Paris au visa des articles 1134 du Code civil, 9 § 1 et § 2 de la CEDH et 6 a et c de la loi du 6 juillet 1989. Elle a estimé « *qu'en statuant ainsi, alors que les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ». L'issue du litige a été approuvée par la doctrine, mais des réserves ont été formulées quant à la motivation retenue.

316. L'argumentation suggère en effet que la liberté de religion, protégée par l'article 9 de la Convention européenne, ne pourrait être garantie dans les relations contractuelles uniquement si une clause l'envisage expressément[1118]. Dès lors, le droit au respect de ses convictions religieuses serait conditionné par la présence ou l'absence d'une mention contractuelle. Formulée ainsi, une telle solution peut entraîner des dérives[1119]. La liberté de religion doit être protégée en toute occurrence, et seules les manifestations excessives de cette liberté ne peuvent être garanties. Ainsi, selon la Cour européenne, la liberté de manifester sa religion n'inclut pas « *n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction* »[1120]. La Cour de cassation aurait dû démontrer pourquoi l'intérêt légitime que peut avoir un individu à manifester sa religion devait s'incliner devant le droit du propriétaire, par exemple en précisant qu'aucun motif discriminatoire n'avait inspiré la rédaction du contrat[1121]. Sachant que n'importe quel acte ne peut être motivé par les

[1118] Le Professeur E. Garaud a relevé, qu'à la différence de l'arrêt *Mel Yedei*, où la Convention était invoquée afin d'éluder une clause du contrat de bail, en l'espèce le fondement européen devait servir à ajouter une clause permettant aux locataires de ne pas avoir à contrarier les préceptes de leur religion ; *op. cit.*, p. 9 ; B. Vareille, *op. cit.*, n° 17.

[1119] La Cour de cassation avait déjà décidé, sans que la CEDH soit appelée au soutien de son arrêt, que « *s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public* », Cass. soc., 24 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 171, p. 125. Au regard de cet arrêt et de l'espèce commentée, il apparaît que la liberté religieuse ne permet pas à un individu de se soustraire à ses obligations contractuelles, ni à imposer à l'autre partie des obligations non prévues au contrat : A. Marais, *op. cit.*, p. 222.

[1120] Comm. EDH, Déc. *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, req. n° 7805/77.

[1121] A. Marais, *op. cit.*, p. 223.

convictions religieuses, elle aurait pu relever le caractère excessif et disproportionné de la demande des locataires au regard du droit de propriété, lequel n'implique pas la coopération des bailleurs à la manifestation de chaque religion ou conviction. Elle pouvait enfin relever que les preneurs demeuraient libres de se dégager de la relation contractuelle[1122].

317. La Cour de cassation a confirmé la force obligatoire des actes juridiques face à la liberté de manifester sa religion dans un arrêt du 8 juin 2006[1123]. En l'espèce, à l'occasion de la fête juive des cabanes et conformément aux prescriptions de la Torah, des époux avaient édifié une construction en végétaux sur leur balcon. L'assemblée générale des copropriétaires avait alors exigé la suppression de cet édifice. Selon la 3ème Chambre civile « *la liberté de religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* »[1124]. L'insuffisance du raisonnement de la Cour de cassation a été relevée[1125]. Les juges posent une prescription générale, sans répondre au moyen selon lequel les clauses d'un règlement de copropriété ne peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice d'un culte, en l'absence de nuisance pour les autres copropriétaires. Aucun intérêt légitime n'est avancé ni aucune proportion de la mesure recherchée. Ni la préservation de l'esthétique[1126] ni la tranquillité ou la sécurité du voisinage ne sont évoqués. De même, la restriction était-elle proportionnée alors que la construction ne devait demeurer qu'une semaine ? Cet arrêt, ainsi que l'arrêt précédemment examiné,

---

1122 En ce sens, s'agissant du choix entre le respect des convictions religieuses et le respect des horaires de travail, V. Comm. EDH, déc. *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, req. n° 24949/94 ; Décision *Louise Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, req. n° 29107/95. A Marais relève à juste titre qu'il « *faudrait s'assurer que dans les faits, la personne a la faculté d'exercer librement ce choix* », loc. cit.

1123 Cass. Civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins de Gorbella, représenté par son syndic la société anonyme Borne et Delaunay* (pourvoi n° 05-14.774) ; *LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. Fenouillet ; *AJDI* 2006, « Point de vue » p. 609, obs. J. Raynaud ; *Revue des loyers* 2006, p. 355, note Th. Dubaele.

1124 Selon la formulation de J. Raynaud, « *la Cour de cassation placerait-elle un règlement de copropriété au sommet de la hiérarchie des normes ?* », loc. cit.

1125 D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 14.

1126 La Cour d'appel avait considéré que la cabane « *portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue* ». V. à propos de la pose d'antennes paraboliques, du critère de l'esthétique de l'immeuble et de la pesée des intérêts en présence, les exemples jurisprudentiels présentés par E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental », préc., spéc. n° 245-87 ; V. également Cass. civ. 2ème, 23 octobre 2003, Bull. civ. II, n° 318 ; *RTD civ.* 2004, p. 315, obs. Th. Revet ; *Annuaire de droit européen* 2003, p. 734, obs. J.-P. Marguénaud.

témoignent d'une certaine défiance de la Cour de cassation à l'égard de la liberté de religion et des communautarismes religieux[1127]. La technique du juste équilibre est écartée au profit d'un « *principe de laïcité contractuelle* »[1128]. Si la laïcité est une valeur essentielle de la société démocratique[1129], elle ne dispense pas d'établir en quoi une restriction à la liberté religieuse est légitime et nécessaire[1130], au risque de reléguer la liberté de conscience « *au banc des accusés* »[1131]. A l'inverse, il convient de mentionner un arrêt de la 1ère Chambre civile en date du 21 juin 2005[1132] et relatif à la prohibition du port du voile dans un établissement d'enseignement privé. La Cour de cassation a approuvé l'arrêt des juges du fond parce que la prohibition faite du port du voile, non contraire aux dispositions du Code de l'éducation, « *en ce qu'elle n'affectait ni la neutralité de l'enseignement dispensé ni la liberté de conscience des élèves ni leurs convictions religieuses mais un simple mode d'expression ostensible de celles-ci, relevait au contraire de l'organisation scolaire et du projet éducatif propre du collège sans violer pour autant son obligation d'accueillir les enfants en dehors de toute distinction d'origine, d'opinion ou de croyance ; qu'il retient aussi, et par motifs non critiqués, que le droit de manifester librement sa religion, tel que posé à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme et interprété par la Cour instituée par elle n'est pas absolu mais doit être concilié avec d'autres impératifs qu'il rappelle* ». Les juges français sont manifestement plus à l'aise pour expliquer les raisons justifiant une restriction à la libre manifestation des convictions religieuses dans les établissements d'enseignement. L'existence d'une jurisprudence européenne en ce domaine, d'ailleurs évoquée par l'arrêt, peut être une explication[1133].

[1127] « *Le communautarisme se traduit ainsi par une projection des singularités de la personne sur son environnement juridique, et par une soumission des droits qui doivent lui être octroyés à ses besoins identitaires* », R. Libchaber, *op. cit.*, p. 576.

[1128] J. Mestre et B. Fages, *op. cit.*, p. 290.

[1129] A. Garay, « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », *D.* 2006, p. 103.

[1130] Opinion dissidente de Mme la Juge F. Tulkens, Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, req. 44774/98 *; JCP* 2006, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

[1131] D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 21.

[1132] Cass. civ. 1ère, 21 juin 2005, pourvoi n° 02-19831, *Bull civ*. I, n° 271.

[1133] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, req. 44774/98 *; JCP* 2006, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

318. A partir de cette recension non exhaustive d'arrêts, il est manifeste l'effet horizontal direct de la CEDH prend une importance grandissante dans la jurisprudence judiciaire. Cependant, l'absence de motivation et de démonstration du juste équilibre, lorsque les juges français font primer un droit conventionnel, risque d'entretenir une certaine méfiance à l'égard du droit conventionnel européen, celui-ci pouvant apparaître comme un outil d'équité ou d'arbitraire, dégagé de toute technique juridique. Hormis l'interprétation du contrat au regard de la liberté de manifester sa religion, l'introduction des principes européens en droit des contrat semble marquer « *un changement de perception du contrat et des rapports qui s'y nouent* »[1134]. La relation déséquilibrée d'un certain nombre de contrats favorise l'abandon d'une conception idéale de la relation contractuelle fondée sur la libre volonté des parties[1135]. Gény soulignait que « *des considérations supérieures interviennent parfois, pour brider, plus ou moins complètement, l'essor de la volonté, et, d'office, substituer une organisation autoritaire et imposée, à une organisation spontanée et libre. C'est-à-dire que la satisfaction et l'équilibre des intérêts en présence exigent, ici, une norme coactive, qui écarte les fantaisies divergentes* »[1136]. Et Gény d'ajouter, « *tel est, au fond, le résultat de ce que l'on appelle communément l'*ordre public »[1137]. Ainsi, en empêchant le sacrifice d'intérêts supérieurs par l'action des volontés individuelles, l'effet horizontal favorise la diffusion de l'ordre public européen en droit interne[1138].

319. Si l'on peut rapprocher la démarche de la Cour européenne des droits de l'Homme et des juges nationaux de la libre recherche scientifique prônée par Gény[1139], il convient d'abandonner les travaux de ce légaliste convaincu[1140] pour aborder la question du

---

1134 J. Rochfeld, *RDC* 2003, p. 19.

1135 A propos de la supposée « mort du contrat », Ph. Jestaz estime que « ce qui risque de disparaître n'est pas le contrat, mais une pseudo-loi d'airain du contrat » ; « Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 259.

1136 F. Gény, *op. cit.*, n° 174, p. 176.

1137 *Ibid.*

1138 V. Partie II, Titre I, Chapitre II, *infra*.

1139 P. Jestaz, « François Geny : une image française de la loi et du juge », in Ph. Jestaz (dir.), *François Gény, Mythes et réalités*, Dalloz, 2000, p. 37, spéc. p. 51.

1140 P. Jestaz, *op. cit.*, p. 44.

réexamen des décisions civiles après condamnation de la Cour européenne. L'absence de législation permettant de passer outre l'autorité de la chose jugée marque la limite actuelle de l'effet horizontal. Pourtant des voix s'élèvent pour qu'un réexamen des contentieux privés portés à Strasbourg soit possible, et ce, avant même que le législateur n'intervienne. Le respect des droits de l'Homme rend effectivement souhaitable une telle réforme.

CHAPITRE II

LE RÉEXAMEN SOUHAITABLE D'UNE DÉCISION CIVILE APRÈS CONDAMNATION DE LA COUR EDH

320. Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l’Homme « *modifient faiblement le sort du requérant individuel et enrichissent considérablement la Convention* »[1141]. Cette assertion résume les effets actuels des arrêts de la Cour en matière civile dans l’ordre juridique français. La question des modes de redressement des violations de la Convention est ancienne[1142] mais elle se pose aujourd’hui avec une acuité grandissante. L’amélioration du sort de la victime est devenue une préoccupation majeure des instances européennes et il est fort probable que l’attitude des autorités nationales soit appelée à évoluer en vue d’instaurer une procédure de réexamen des décisions civiles. La légitimité d’une telle réforme ne fait pas de doute mais elle se heurte au principe de l’autorité de la chose jugée. De même, elle peut poser des difficultés s’agissant des contentieux horizontaux. Horizontale à l'origine, « verticale » durant la procédure européenne, la relation nouée recouvre son caractère réellement horizontal de retour dans l'ordre juridique interne. Or, la réouverture de la procédure nationale après un arrêt européen aurait des répercussions sur le particulier impliqué dans le litige originaire alors qu’il n’a pas pu faire entendre sa cause devant le juge européen. Bien que les juges de Strasbourg tendent à prendre en considération tous les intérêts privés des litiges horizontaux qu’ils ont à juger, cette évaluation peut être insuffisante ou

---

[1141] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, 3ème éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 113.

[1142] Ph. Vegleris, « Modes de redressement des violations de la Convention européenne des droits de l’Homme. Esquisse d’une classification », *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l’Homme et de l’unification européenne*, Paris, éd. A. Pedone, 1968, pp. 369-388 ; A. Drzemczewsi, « Un Etat en violation de la Convention européenne des droits de l’Homme : l’exécution interne des décisions des institutions de Strasbourg », *in Protection des droits de l’Homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pp. 149-158.

biaisée. La spécificité de l'effet horizontal ne peut être ignorée dès lors que l'on envisage d'instaurer une procédure de réexamen des décisions civiles après un constat de violation de la Cour européenne des droits de l'Homme.

321. Le réexamen des décisions civiles est sans doute inéluctable. En effet, les encouragements des instances du Conseil de l'Europe en faveur de l'instauration d'une telle voie de recours sont tels (Section I) qu'il est nécessaire de rechercher les conditions permettant de s'engager vers une telle issue (Section II).

SECTION I – L'EXIGENCE D'UN RÉEXAMEN

322. Plusieurs facteurs témoignent de la nécessité de mettre en place une procédure de réexamen des décisions civiles après une condamnation de la Cour européenne. Tout d'abord, les arrêts comportent de plus en plus fréquemment des recommandations en faveur de la réouverture des procédures nationales lorsque le litige le permet. La Cour manifeste ainsi sa volonté de favoriser une réparation en nature, plus satisfaisante au regard de l'ordre public européen qu'une compensation financière. Ensuite, le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour se fait plus pressant qu'auparavant. La Cour européenne, le Comité des Ministres, et plus généralement les organes du Conseil de l'Europe allient leur efforts afin de faire rétablir les droits des requérants après un constat de violation. Enfin, bien qu'elle relève d'une autre dimension et d'une autre nature, l'exigence d'un réexamen émane aussi des particuliers ayant obtenu devant la Cour européenne un constat de violation de leurs droits. Des recours en ce sens ont d'ores et déjà été introduits devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et il est probable qu'ils se multiplient. La nécessité de rouvrir les procédures internes procède du mouvement jurisprudentiel faisant de l'obligation de *restitutio in integrum* une priorité (§ I). Le contrôle renforcé de l'exécution des arrêts de la CEDH concourre au respect de cette obligation (§ II).

§ I – L'AFFERMISSEMENT DE L'OBLIGATION DE RESTITUTIO IN INTEGRUM

323. Les arrêts rendus par la Cour européenne sont revêtus de l'autorité de la chose jugée[1143] et sont définitifs[1144]. Ils ne valent toutefois pas titre exécutoire sur le territoire des Etats membres[1145]. Leur caractère déclaratoire a pour conséquence de limiter l'intervention de la Cour à un constat de violation ou d'absence de violation des droits garantis. Ses arrêts ne permettent pas de modifier une législation, d'annuler un acte administratif, d'infirmer ou de casser une décision judiciaire[1146] ou enfin de rendre conforme aux prescriptions européennes une relation interindividuelle. La Cour européenne a reconnu que sa décision « *déclaratoire pour l'essentiel (…) laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53* »[1147]. Pourtant, l'évolution de la jurisprudence européenne, sans revenir sur le caractère déclaratoire des arrêts européens, manifeste une volonté certaine de la Cour de voir redresser la situation du requérant sous la forme d'une *restitutio in integrum*.

[1143] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 339, p. 615.

[1144] Depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11, seuls les arrêts de la Grande Chambre sont immédiatement définitifs. Les arrêts rendus par les Chambres le deviennent lorsque les parties déclarent ne pas demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, lorsqu'à la fin du délai de trois mois aucun renvoi n'a été sollicité ou, enfin, lorsque le collège de la Grande chambre a rejeté la demande de renvoi. Article 44 CEDH. Si le renvoi est accepté et fait l'objet d'un arrêt de la Grande chambre, l'arrêt de la Chambre, dénué de force de chose jugée, semble emprunter un caractère consultatif, à l'égal des avis autrefois rendus par la Commission ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme, op. cit.*, n° 339, p. 615.

[1145] M.-A. Eissen, « La Cour européenne des droits de l'Homme », *RDP* 1986, p. 1574 ; J. Callewaert, « Article 53 », *in* L.-E. Pettti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2ème, Economica, 1999, pp. 847-856, spéc. p. 848.

[1146] Cour EDH, arrêt *Parti socialiste et autres c. Turquie* du 25 mai 1998, req. n° 21237/93, § 63.

[1147] L'article 53 correspond à l'actuel article 46 § 1. Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, § 58 ; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

324. Le particulier ayant obtenu un constat de violation obtiendra une *restitutio in integrum* ou restitution en entier[1148] seulement si celle-ci ne se heurte pas à un obstacle matériel. Il est effectivement impossible de recouvrer le temps perdu par la durée excessive d'un procès ou lors d'une détention irrégulière. Un nouvel examen de l'affaire ne ferait qu'accroître le préjudice subi par l'individu. Un raisonnement analogue est évidemment applicable aux atteintes à la vie. Une indemnisation financière constitue dès lors la seule réparation adéquate. A l'inverse, rien, matériellement, ne s'oppose à offrir un nouveau procès au justiciable victime d'un jugement impartial, cette fois dans des formes équitables, ou à restituer au propriétaire les biens dont il a été privé injustement selon l'article 1 du premier protocole additionnel. L'absence d'obstacle matériel peut toutefois être relayée par un obstacle juridique. Le droit interne de l'Etat défendeur peut effectivement entraver une réparation en nature. Ainsi, lorsque la violation résulte d'une décision juridictionnelle[1149], situation la plus fréquente lorsque le contentieux oppose deux personnes privées, l'autorité de la chose jugée interdit le réexamen de l'affaire. Cette solution, encore répandue parmi les Etats membres[1150], heurte pourtant la logique[1151] du système européen, promoteur de droits concrets et effectifs[1152]. L'octroi d'une compensation pécuniaire peut s'avérer choquante[1153] parce que

[1148] Elle correspond à la « *remise des choses dans leur état antérieur à l'acte ou au fait juridique qui avait conduit à la situation actuelle* » : H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, 4ème éd., Litec, 1998.

[1149] Le devoir pour le requérant, posé par l'article 35 § 1 de la CEDH, d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir les instances européennes implique nécessairement qu'une juridiction nationale s'est prononcée.

[1150] La Norvège, la Suisse et le Luxembourg comptent parmi les premiers Etats qui ont instauré une procédure afin de rétablir le requérant dans ses droits après un constat de violation ; Etude préparée par le Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'Homme (D-PR) sous l'autorité du Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH), *La Convention européenne des droits de l'Homme : instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter avec les décisions de Strasbourg*, Direction des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, doc. H (92) 1, Strasbourg, janvier 1992 ; A. Drzemczewski, « Un Etat en violation de la Convention européenne des droits de l'Homme : l'exécution interne des décisions des institutions de Strasbourg », *in Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 149, spéc. p. 154 et s. ; Depuis, d'autres pays ont mis en place un telle procédure : Autriche, Belgique, Danemark, Malte ; *GACEDH*, p. 709, comm. J. Andriantsimbazovina.

[1151] G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Economica, PUAM, 1989, p. 207.

[1152] Le Professeur Sudre estime que « *l'allocation d'une indemnité, quelle que soit la nature, la gravité et la durée de la violation des droits de l'Homme, cadre mal avec la vocation de la Convention d'instaurer un ordre public européen des droits et libertés* », *op. cit.*, n° 336, p. 607.

« *certaines violations ne peuvent avoir pour conséquence la seule allocation d'une somme d'argent* »[1154]. Il paraît normal que l'Etat fasse cesser l'acte illicite qui perdure, tel qu'une détention irrégulière ou un traitement contraire à l'article 3[1155]. Aussi, depuis quelques années, le principe d'une *restitutio in integrum* est exigé avec plus de fermeté par la Cour européenne.

325. L'exécution des arrêts de la Cour repose sur les article 41 et 46 de la Convention. En se soumettant au système supranational de protection des droits de l'Homme, l'Etat s'est en effet engagé « *à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour* »[1156] dans les litiges auxquels il est partie. La *restitutio in integrum* se fonde sur l'obligation contenue à l'article 46[1157]. Par ailleurs, l'article 41 de la Convention prévoit l'attribution d'une satisfaction équitable à la partie lésée lorsque le droit interne de l'Etat contractant « *ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences* » de la violation constatée. La rédaction de cet article témoigne nettement d'une préférence pour la réparation en nature, la compensation financière apparaissant comme une mesure subsidiaire[1158].

326. C'est pourquoi la Cour européenne incite ardemment les Etats à effectuer une réparation en nature. Tout en reconnaissant que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'Etat défendeur l'ouverture d'un nouveau procès[1159], elle affirme que « *si la*

[1153] F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, vol. 1, p. 122.

[1154] G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 39, spéc. p. 43.

[1155] *Ibid*., p. 44.

[1156] Article 46 § 1.

[1157] F. Sudre, *op. cit.*, n° 336, p. 607. Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98, § 249 ; Cour EDH, arrêt *Brumarescu c. Roumanie* du 23 janvier 2001, req. n° 28342/95 ; *JCP* 2001, I, 342, n° 8, obs. F. Sudre.

[1158] « *Aussi l'article 41 doit être compris comme mettant à la charge de l'Etat défendeur une obligation de* restitutio in integrum*, si la nature de la violation le permet ou, à défaut, de réparation pécuniaire* » : F. Sudre, *op. cit.*, n° 336, p. 608.

[1159] Cour EDH, arrêt *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, série A n° 261-C, § 47 ; Cour EDH, arrêt *Remli c. France* du 23 avril 1996, req. n° 16839/90, § 54 ; Cour EDH, arrêt *Parti socialiste et autres c. Turquie* du 25 mai 1998, req. n° 21237/93, § 63 ; cette idée était déjà implicitement exprimée dans l'arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, série A, n° 132.

nature de la violation permet une restitutio in integrum*, il incombe à l'Etat défendeur de la réaliser* »[1160]. Les juges européens ont précisé à plusieurs reprises qu' « *un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci (restitutio in integrum)* »[1161]. L'exhortation s'efface uniquement lorsque la réparation en nature est impossible[1162] et les Etats défendeurs recouvrent alors la liberté « *de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation* »[1163]. Ainsi, après avoir relevé une expropriation de fait par le Fonds de la Marine nationale grecque[1164], la Cour strasbourgeoise a jugé que la restitution des terrains « *placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalente à celle où ils se trouvaient s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de l'article 1 du protocole n° 1* »[1165]. De même, si les juges européens constatent une violation de l'article 6 parce que les autorités refusent de se conformer aux décisions de justice, ils requièrent du Gouvernement qu'il garantisse, par des mesures appropriées, que les décisions nationales soient dûment exécutées par l'administration[1166].

[1160] Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (Article 50)* du 31 octobre 1995, série A n° 330-B, § 34 ; *GACEDH*, n° 72 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Iatridis c. Grèce (Satisfaction équitable)* du 19 octobre 2000, req. n° 31107/96, § 33.

[1161] Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, préc., § 34 ; Cour EDH, arrêt *Adkivar et autres c. Turquie* du 1er avril 1998 (article 50), req. n° 21893/93, § 47 ; Cour EDH, arrêt *Almeida Garret, Mascarenhas Falcao et autres c. Portugal* du 10 avril 2001 (satisfaction équitable), req. n° 29813/96 et 30299/96, § 16.

[1162] Il semble que seul l'obstacle matériel soit insurmontable et non l'obstacle juridique. L'Etat est en effet maître de son droit interne et peut prendre les mesures adéquates pour rétablir la situation du requérant dans un sens conforme aux dispositions européennes.

[1163] Cour EDH, arrêt *Adkivar et autres c. Turquie*, préc., § 47.

[1164] Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* du 24 juin 1993, série A n° 260-B.

[1165] Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (Article 50)* du 31 octobre 1995, série A n° 330-B, § 38.

[1166] Cour EDH, arrêt *Basoukou c. Grèce* du 21 avril 2005, req. n° 3028/03, § 26 ; Cour EDH, arrêt *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grèce* du 22 décembre 2005, req. n° 32259/02, § 43.

327. L'exigence d'une réparation intégrale devient de plus en plus ferme[1167]. D'une part, réparation pécuniaire et *restitutio in integrum* ne sont pas exclusives l'une de l'autre[1168]. D'autre part, sans remettre en question son incompétence à adresser des injonctions à l'Etat condamné[1169], la Cour n'hésite plus à préciser que la réouverture d'une procédure est le seul moyen d'assurer une réparation adéquate[1170]. Ainsi, à propos de l'absence d'indépendance et d'impartialité des cours de sûreté de la Turquie, elle a indiqué « *qu'en principe le redressement le plus approprié consisterait à faire rejuger le requérant à la demande de celui-ci et en temps utile* »[1171]. Il est de même en présence d'une atteinte au droit de participer au procès[1172] ou au droit d'interroger les témoins à charge[1173]. Plusieurs arrêts de Grande

[1167] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. n° 31443/96, §§ 192-193 ; *RTDH* 2005, p. 203 obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI* 2005 p. 544, obs. P. Tavernier ; *RRJ* 2005, p. 914 note F. Lazaud ; *GACEDH*, n° 71, comm. J. Andriantsimbazovina ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. n° 46221/99 ; *GACEDH*, n° 12, comm. M. Levinet ; Cour EDH, arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne* du 22 février 2005, req. n° 35014/797, §§ 207-218.

[1168] « *L'Etat défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer dans la mesure du possible les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci* », souligné par nous ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Apicella c. Italie* du 29 mars 2006, req. n° 64890/01, § 122 ; Dans le même sens, V. Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Cochiarella c. Italie* du 29 mars 2006, req. n° 64886/01, § 125 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Assanidzé c. Georgie* du 8 avril 2004, req. n° 71503/01, § 198 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldovie et Russie* du 8 juillet 2004, req. n° 48787/99, § 487 ; *RTDH* 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; *GACEDH*, n° 67, comm. F. Sudre ; Pour une appréciation au regard du droit international général, V. G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc.

[1169] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, préc., § 193. Cour EDH, déc. *Lyons et autres c. Royaume-Uni* du 8 août 2003, req. n° 15227/03 : en l'espèce, les requérants avaient obtenu un constat de violation en leur faveur, puis avaient intenté un recours devant les juridictions britanniques. N'ayant pas obtenu satisfaction, ils ont introduit une nouvelle requête devant la Cour EDH en avançant que le refus de donner effet au constat de violation de la Cour constituait une nouvelle violation de l'article 6. Tout en reconnaissant l'importance d'une réouverture de la procédure pour l'effectivité des arrêts, les juges européens ont refusé en l'espèce d'enjoindre l'organisation d'un nouveau procès ou l'annulation de la condamnation et ont déclaré la requête irrecevable.

[1170] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Caloglu c. Turquie* du 29 juillet 2004, req. n° 55812/00, § 30.

[1171] Cour EDH, arrêt *Gençel c. Turquie* du 23 octobre 2003, req. n° 53431/99, § 27 ; Cour EDH, arrêt *Tahir Duran c. Turquie* du 29 janvier 2004, req. n° 40997/98, § 23.

[1172] Cour EDH, arrêt *Somogyi c. Italie* du 18 mai 2004, req. n° 67972/01, § 86 ; Cour EDH, arrêt *R.R. c. Italie* du 9 juin 2005, req. n° 42191/02, § 76.

[1173] Cour EDH, arrêt *Bracci c. Italie* du 13 octobre 2005, req. n° 36822/02, § 75.

Chambre confirment cette approche[1174]. Pour autant, la Cour considère qu'il ne lui appartient pas « *d'indiquer les modalités et la forme d'un nouveau procès éventuel* »[1175]. L'Etat défendeur demeure libre de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation de placer le requérant, le plus possible, dans une situation équivalant à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention, dès lors que ces moyens sont compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour et avec les droits de la défense[1176]. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la Cour accentue la caractère obligatoire de son interprétation de l'article 46 en recourant à l'article 1 de la CEDH[1177]. Elle en appelle ainsi à la « *loyauté conventionnelle* »[1178] des Etats.

328. La volonté des instances européennes de promouvoir une réparation en nature semble aussi ressortir du montant alloué au requérant au titre de la satisfaction équitable. En effet, si « *le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation* » la Cour accorde à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée[1179]. Or, cette compensation financière, évaluée par la Cour européenne et mise à la charge de l'Etat défendeur, atteint parfois des montants très élevés[1180] pouvant avoir pour effet

---

[1174] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. n° 46221/99, § 210 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Sejdovic c. Italie* du 1er mars 2006, req. n° 56581/00, § 126.

[1175] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Sejdovic c. Italie*, préc., § 127 ; Cour EDH, arrêt *Kounov c. Bulgarie* du 23 mai 2006, req. n° 24379/02, § 59.

[1176] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Sejdovic c. Italie*, préc., § 127.

[1177] Ainsi, elle a affirmé, au titre de l'article 46, « *qu'en outre, il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention, les Etats contractant s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci* » ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Maestri c. Italie* du 17 février 2004, req. n° 39748/98, § 47 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Apicella c. Italie* du 29 mars 2006, req. n° 64890/01, § 123.

[1178] F. Sudre, *op. cit.*, n° 340, p. 617.

[1179] Cour EDH, arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (Article 50)* du 31 octobre 1995, préc. ; Cour EDH, arrêt *Almeida Garret, Mascarenhas Falcao et autres c. Portugal*, préc., § 16.

[1180] Cour EDH, arrêt *Pressios Companio Naviera et autres c. Belgique (Satisfaction équitable)* du 3 juillet 1997, § 17 ; J.-F. Flauss, « Le contentieux de la satisfaction équitable devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Développements récents » ; *Europe*, juin 1992, pp. 1-4 ; Du même auteur, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *D.* 2003, pp. 227-230. V. également, *ADJA* 2006, p. 1709, chron. J.-F. Flauss : l'auteur déplore les revendications pécuniaires parfois indécentes des requérants et de leurs conseils.

d'inciter les autorités nationales à rouvrir les procédures jugées inconventionnelles[1181]. Les juges européens ont d'ailleurs reconnu l'effet incitatif de la sanction pécuniaire[1182].

329. Les encouragements des juges européens pour que les Etats membres instaurent une procédure de réexamen des décisions internes constitutives d'une violation de la Convention sont récurrents. Or, dès lors que la Cour précise dans ses arrêts que seule une réouverture de la procédure nationale peut constituer une réparation adéquate, la surveillance de l'exécution par le Comité des Ministres portera sur cette exigence[1183]. L'obligation de *restitutio in integrum* doit donc être appréciée en considération des mesures de contrôle de l'exécution des arrêts.

§ II – L'INTENSIFICATION DU CONTRÔLE DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM

330. Les organes du Conseil de l'Europe témoignent d'une ferme volonté d'intensifier le contrôle de l'exécution des arrêts européens par les Etats membres. La Cour européenne participe à cette surveillance par des moyens détournés[1184]. Le Protocole n° 14 offre aussi de nouveaux pouvoirs au Comité des Ministres afin qu'il puisse remplir plus efficacement sa mission de contrôle de l'exécution des arrêts. Par diverses voies, les instances

---

[1181] J.-P. Marguénaud, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, pp. 208-232, spéc. p. 215 et s. ; l'auteur suggère de contraindre les Etats à effectuer une réparation en nature en les condamnant sous astreinte à rétablir la situation antérieure à la violation constatée.

[1182] Rappelant le nombre d'arrêt rendus sur ce point à l'encontre de l'Italie, les juges ont énoncé que « *tout cela a amené la Cour à des niveaux d'indemnisation qui sont plus élevés que ceux pratiqués par les organes de la Convention avant 1999 et qui peuvent différer de ceux appliqués en cas de constat d'autres violations. Cette augmentation, loin de revêtir un caractère punitif, avait un double objectif : d'une part, elle visait à inciter l'Etat à trouver une solution propre et accessible à tous et, d'autre part, elle permettait aux requérants de ne pas être pénalisés du fait de l'absence de recours internes* », Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Apicella c. Italie* du 29 mars 2006, req. n° 64890/01, § 65.

[1183] M. le juge Costa a souligné qu'une « *obligation de faire, mise par la Cour à la charge de l'Etat, présente (…) l'avantage de simplifier la tâche du Comité des Ministres* » ; Opinion partiellement concordante jointe à l'arrêt de Grande chambre *Assanidzé c. Georgie* du 8 avril 2004, req. n° 71503/01.

[1184] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n° 341, p. 624 ; J. Andriantsimbazovina, *GACEDH*, p. 710.

du Conseil de l'Europe incitent les autorités nationales à réfléchir à l'instauration d'une procédure de réexamen des décisions internes. Le contrôle du respect des décisions européennes s'intensifiant, il sera bientôt difficile pour les autorités nationales de ne pas infléchir leur attitude attentiste.

331. En dépit de ses dénégations[1185], la Cour européenne semble « *s'être arrogé* »[1186] le pouvoir de contrôler l'exécution de ses arrêts. Par exemple, elle a accepté d'examiner une requête dans une affaire où elle s'était déjà prononcée[1187], au motif qu'un « *problème nouveau, non tranché par l'arrêt se présentait* ». Le nouvel arrêt lui a permis de constater que les autorités nationales avaient « *pris toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles* »[1188]. De même, on peut considérer qu'en dissociant l'examen des affaires par un arrêt sur le fond et un arrêt sur la satisfaction équitable, la Cour tend à instaurer une forme de contrôle de ses arrêts au principal[1189]. Le Professeur Sudre estime que l'examen d'une affaire dont le problème est identique à celui d'affaires précédemment tranchées est également un moyen détourné de surveiller l'exécution des arrêts[1190]. La technique de l'arrêt « pilote »[1191] confirme cette tendance. Enfin, il faut ajouter que la Cour a expressément argué de la menace d'une nouvelle requête, dont elle pourrait être saisie, pour inciter l'Etat italien à exécuter ses arrêts : « s*ans vouloir définir quelles peuvent être les mesures à prendre par l'Etat défendeur pour qu'il s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention, la Cour attire son attention sur les conditions indiquées ci-dessus (…) quant à la possibilité pour une personne de pouvoir encore se*

[1185] La Cour affirme qu'elle « *n'a pas compétence pour examiner si une partie contractante s'est conformée aux obligations que lui imposent un de ses arrêts* », Cour EDH, arrêt *Mehemi (n°2) c. France* du 10 avril 2003, req. n° 53470/99, § 43.

[1186] F. Sudre, *op. cit.*, n° 341, p. 624.

[1187] Cour EDH, arrêt *Mehemi (n° 1) c. France* du 26 septembre 1997.

[1188] Cour EDH, arrêt *Mehemi (n°2) c. France* du 10 avril 2003, req. n° 53470/99, § 47.

[1189] F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, vol. 1, p. 129.

[1190] F. Sudre, *op. cit.*, n° 341, p. 624.

[1191] C'est-à-dire « *un arrêt de constat d'une violation de la Convention et/ou de ses protocoles qui révèle un problème structurel ou systémique sous-jacent susceptible d'être à l'origine de nombreuses requêtes individuelles devant la Cour européenne des droits de l'homme* » : J. Andriantsimbazovina, *GACEDH*, p. 701.

prétendre « victime » dans ce type d'affaires et l'invite à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que les décisions nationales soient non seulement conformes à la jurisprudence de la Cour mais encore exécutées dans les six mois suivant leur dépôt au greffe »[1192]. Le contrôle de la Cour est d'autant plus déterminant qu'il est complété par celui du Comité des Ministres[1193].

332. Le protocole n° 14, ouvert à la signature et à la ratification le 13 mai 2004 et amendant le système de contrôle de la Convention[1194], doit permettre d'endiguer le problème de surcharge de travail de la Cour en améliorant le respect des droits conventionnels. Pour ce faire, les pouvoirs du Comité sont renforcés. A l'actuel article 46, comportant deux paragraphes, seront ajoutés trois autres paragraphes. Le premier de ces nouveaux développements précise que le Comité des Ministres peut saisir la Cour en vue de l'interprétation d'un arrêt, si une difficulté d'interprétation entrave l'exécution de l'arrêt[1195]. La deuxième précision apportée par le Protocole n° 14, et correspondant au futur § 4 de l'article 46, indique que le Comité peut saisir la Cour si un Etat, après avoir été mis en demeure d'exécuter un arrêt, refuse toujours de s'y conformer[1196]. Enfin, en vertu du futur article 46 § 5, la Cour pourra constater une violation et renvoyer l'affaire au Comité des

---

[1192] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Apicella c. Italie* du 26 mars 2006, req. n° 64890/01, § 127 ; V. également, Cour EDH, arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006, req. n° 32570/03.

[1193] F. Lazaud, *loc. cit*.

[1194] Il n'est pas encore entré en vigueur.

[1195] « *Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité* ».

[1196] « *Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette Partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1* ». Dans ce cas, la Cour siégera en Grande Chambre (nouvel article 31, paragraphe b).

Ministres[1197]. L'article 32 de la Convention, relatif à la compétence de la Cour, sera en conséquence modifié[1198].

333. Le Rapport explicatif sur le Protocole n° 14[1199] permet de prendre toute la mesure des modifications envisagées et des efforts nationaux escomptés. La saisine de la Cour en vue d'une interprétation d'un arrêt définitif est instaurée en vue de faciliter la surveillance de son exécution[1200]. L'amendement de l'article 46 accorde au Comité des Ministres la possibilité d'introduire une action en manquement, devant la Grande Chambre de la Cour, contre un Etat qui refuserait de se conformer à un arrêt. Cette procédure n'a pas pour but de rouvrir la question de droit déjà tranchée par l'arrêt non exécuté, mais simplement de permettre à la Grande Chambre de constater le manquement de l'Etat récalcitrant[1201]. Aucune pénalité financière n'est envisagée, les rédacteurs ayant considéré que la pression politique d'un arrêt en manquement devait suffire pour que l'Etat concerné s'exécute[1202]. Il faudra attendre les premières applications de cette disposition pour être réellement convaincu de l'efficacité de la pression politique[1203].

334. Sans évoquer expressément la réouverture des procédures internes et le réexamen des affaires ayant donné lieu à un constat de violation, le Protocole n° 14 favorise de telles adaptations des systèmes juridiques nationaux. D'une part, l'évolution des arrêts de la Cour exigeant une *restitutio in integrum* jointe à la possibilité de constater un manquement

---

[1197] « *Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen* ».

[1198] Selon les dispositions de l'article 11 du Protocole n° 14.

[1199] http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/194.htm.

[1200] La réponse apportée par la Cour doit permettre de régler toute controverse sur la signification précise d'un arrêt. Il est précisé qu'aucune limite de temps n'a été fixée pour l'introduction des demandes en interprétation ; §§ 96-97 du Rapport explicatif.

[1201] La Cour se voit ainsi reconnaître formellement la compétence de contrôler l'exécution de l'arrêt ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, préc., n° 341, p. 624.

[1202] § 99 du Rapport explicatif.

[1203] Il est en effet permis de penser que les rédacteurs auraient pu envisager le prononcé d'astreintes ; Pour une comparaison avec le droit communautaire, V. J.-P. Marguénaud, « Rapport de synthèse », *in* L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques, Colloque organisé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 13 mai 2005, *LPA* 2006, n° 44, p. 44, spéc. p. 47.

lorsque l'arrêt n'est pas exécuté devraient encourager de telles réformes. D'autre part, il est précisé dans le rapport explicatif que les mesures nécessaires pour assurer l'efficacité du système conventionnel ne se limitent pas au Protocole n° 14. Le rapport indique que des mesures nationales doivent être adoptées afin d'améliorer et d'accélérer l'exécution des arrêts de la Cour et renvoie, parmi d'autres textes, à la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres relative au réexamen ou à la réouverture de certaines affaires au niveau interne après un constat de violation établi par la Cour européenne des Droits de l'Homme[1204].

335. Cette recommandation, adoptée en 2000[1205], encourage les Parties contractantes « *à examiner leurs systèmes nationaux en vue de s'assurer qu'il existe des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention* ». Le texte précise que la réouverture d'une procédure est d'une importance particulière dans les circonstances suivantes : lorsque (i) la partie lésée continue de souffrir des conséquences négatives très graves de la décision nationale qui ne peuvent être modifiées que par la réouverture ou le réexamen[1206] et (ii) qu'il résulte de l'arrêt de la Cour que (a) « *la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention* » ou (b) que la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure « *d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée* ». L'exposé des motifs[1207] joint à cette recommandation est explicite : les Parties contractantes « *doivent revoir leurs systèmes juridiques* ». Par ailleurs, si toutes les catégories d'affaires sont visées par la Recommandation, le but des critères proposés est d'identifier les situations où l'exécution des arrêts « *l'emporte sur les principes qui sous-tendent la doctrine de la res judicata, en particulier celui de la sécurité juridique, nonobstant l'importance indéniable de ces principes* ». L'argument pécuniaire pourrait également motiver les Etats, puisqu'il est suggéré

[1204] § 14 et § 16 du Rapport explicatif.

[1205] Recommandation n° Rec(2000)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 2000, lors de la 694ème réunion des Délégués des Ministres) ; disponible sur le site du Conseil de l'Europe.

[1206] L'exposé des motifs précise la terminologie employée : « *La recommandation utilise le terme "réexamen" comme le terme général. L'expression "réouverture de procédures" concerne pour sa part la réouverture des procédures juridictionnelles, en tant que moyen spécifique de réexamen* ».

[1207] Disponible sur le site du Conseil de l'Europe.

de laisser à la discrétion des autorités nationales la décision de verser ou non la satisfaction équitable établie par la Cour européenne. Sans évoquer expressément les contentieux horizontaux, l'exposé des motifs reconnaît que la réouverture peut poser des problèmes pour des tiers qui ont acquis des droits de bonne foi, mais le seul conseil suggéré est d'appliquer les règles nationales ordinaires relatives au réexamen.

336. Au regard de la jurisprudence européenne, des instruments adoptés par le Comité des Ministres et du Protocole n° 14, il apparaît formellement que la question de l'exécution des arrêts, et plus particulièrement celle du réexamen des décisions nationales après un constat de violation, font l'objet d'une attention soutenue[1208].

337. Enfin, et en guise de conclusion, il convient de rappeler que les requérants ayant obtenu satisfaction à Strasbourg sont les premiers intéressés par l'exécution des arrêts. Aussi, ils n'hésitent plus à demander la réouverture de la procédure nationale litigieuse, mais actuellement en vain. Un arrêt remarqué de la Chambre sociale de la Cour de cassation, rendu le 30 septembre 2005[1209], a refusé au requérant l'exécution de l'arrêt européen, motif pris de l'autorité de la chose jugée. Selon les magistrats français, « *la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dont il résulte qu'un jugement rendu en matière civile et devenu définitif a été prononcé en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales n'ouvre aucun droit au réexamen de la cause* ». La Cour d'appel ayant « *relevé que l'action dont elle était saisie avait un objet et une cause identique entre les mêmes parties à celle qui avait été tranchée par un précédent arrêt, a exactement décidé qu'elle se heurtait à l'autorité de la chose jugée en sorte qu'elle était irrecevable* ». L'affaire avait trait à l'impossibilité pour un employé de la SNCF de contester devant un tribunal une décision de mise à la réforme pour invalidité dont il avait fait l'objet. Cette situation résultait de la compétence exclusive attribuée en la matière à un organe non juridictionnel, la

[1208] F. Sunberg, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1515.

[1209] Cass. soc. 30 septembre 2005, pourvoi n° 04-47.130, Bull. V, n° 279, p. 243 ; *JCP* 2005, II, 10180, note Ph. Bonfils ; P.-Y. Gautier, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2006, chron. p. 2773 ; L. Cadiet (dir.), « Droit judiciaire privé », *JCP* 2006, I, 133, n° 11.

commission de réforme de la SNCF. L'employé avait alors saisi l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme[1210], laquelle avait établi un rapport concluant à la violation du droit d'accès à un tribunal et à la durée excessive de la procédure[1211]. En vertu de la procédure alors en vigueur[1212], le Comité des Ministres avait adopté une décision constatant la violation de l'article 6 § 1 de la Convention[1213].

338. Outre le fait que cette affaire est étroitement surveillée par les instances européennes[1214], l'arrêt de la Chambre sociale est également important en ce qu'il « *est probablement le premier d'une série* »[1215]. En effet, on peut présumer que la saisine de la Cour européenne par le requérant témoigne d'une volonté de ce dernier de voir sa situation juridique modifiée. Si la satisfaction équitable allouée par la Cour européenne peut être

---

[1210] Affaire *Lemoine Daniel c. France*, req. n° 33656/96.

[1211] Rapport du 22 avril 1999.

[1212] Avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, l'article 32 § 1 de la Convention disposait que « *si, dans un délai de trois mois à dater de la transmission au Comité des Ministres du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas déférée à la Cour par application de l'article 48 de la présente Convention, le Comité des Ministres prend, par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, une décision sur le point de savoir s'il y a eu ou non une violation de la Convention* ».

[1213] Rés. Interimaire DH (2000) 16 du 14 février 2000.

[1214] Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe établi par E. Jurgens le 9 juin 2005, AS/JUR (2005) 32, « *Mise en œuvre des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Arrêts de la Cour pendants devant le Comité des Ministres pour le contrôle de l'exécution depuis plus de cinq ans ou soulevant des questions importantes* », www.coe.int/T/F/Droits_de-l'Homme/execution. Lorsque ce rapport a été établi, seuls le jugement d'irrecevabilité du Conseil des prud'hommes de Rennes et l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, confirmant ce jugement, avaient été rendus. Le rapport mentionne le pourvoi devant la Cour de cassation et précise que « *des contacts bilatéraux sont en cours entre la délégation française et le Secrétariat concernant les mesures d'ordre individuel pouvant être adoptées dans cette affaire afin d'effacer les conséquences de la violation pour le requérant* », p. 6.

[1215] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 2774. D'ailleurs, quelques mois avant l'arrêt de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a été saisi d'une question similaire. La réponse apportée a d'ailleurs inspiré les juges judiciaires : « *il ne résulte d'aucune stipulation de la Convention européenne des droits de l'Homme (…) et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du (…) par laquelle la Cour européenne a condamné la France, puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'Etat du (…) et à l'issue de laquelle Mme X a saisi la Cour européenne* » ; CE, 11 février 2004, Mme Chevrol, *D.* 2004, jur. 14114, concl. R. Schwartz ; *AJDA* 2004, p. 439, chron. F. Donnat et D. Casas ; J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Considérations générales autour de l'arrêt du Conseil d'Etat, du 11 février 2004, *Mme Chevrol* », *RFDA* 2005, chron. p. 163. La Cour s'était prononcée lors de l'arrêt *Chevrol c. France* du 13 février 2003.

réconfortante, elle ne permet pas de mettre un terme à certaines situations qui peuvent être perçues comme injustes. Il apparaît donc que la possibilité d'un réexamen des décisions définitives, après condamnation de la Cour européenne, doit incontestablement être étudiée. En ce sens, instances européennes et particuliers ont le même objectif. Les autorités françaises subissent une double pression afin d'envisager la réouverture des procédures. Il convient donc de rechercher selon quelles modalités une telle voie de recours pourrait être ouverte consécutivement à un arrêt européen ayant tranché un litige horizontal.

SECTION II – LES CONDITIONS D'UN RÉEXAMEN

339. L'instauration d'une procédure de réexamen des décisions civiles apparaît comme une évolution inéluctable et indispensable du droit français[1216]. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'y oppose, comme l'a énoncé récemment la Cour de cassation[1217]. L'argument est décisif car il a été démontré que, sauf lorsqu'il est possible de ne pas porter atteinte à l'autorité de la chose jugée, « *l'acte désapprouvé par la Cour de Strasbourg demeure systématiquement en vigueur* »[1218]. Pourtant, une solution doit être apportée au conflit entre la chose jugée dans l'ordre interne et celle jugée dans l'ordre européen. Le contournement de l'autorité de la décision interne est l'issue qui s'impose : respectueuse de l'ordre public européen, elle est en outre admise en matière pénale (§ I). Pour autant, le contournement de la chose jugée ne doit pas être automatique. L'ouverture d'une procédure de réexamen des décisions civiles après un constat de violation par la Cour européenne doit

---

[1216] En ce sens, par exemple, J.-P. Marguénaud, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la CEDH par la Cour de Strasbourg », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, pp. 208 et s.; P.-Y. Gautier, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2006, chron. p. 2773 ; Ph. Bonfils, *JCP* 2005, II, 10180 ; F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, vol. 1, p. 122 ; N. Fricero, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : un enjeu pour l'Europe » *in* L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques, Colloque organisé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 13 mai 2005, *LPA* 2006, n° 44, p. 37 ; J. Andriantsimbazovina, *GACEDH*, p. 709.

[1217] Cass. soc. 30 septembre 2005, pourvoi n° 04-47.130, Bull. V, n° 279, p. 243 ; *JCP* 2005, II, 10180, note Ph. Bonfils ; P.-Y. Gautier, préc., *D.* 2006, chron. p. 2773 ; L. Cadiet (dir.), « Droit judiciaire privé », *JCP* 2006, I, 133, n° 11.

[1218] F. Lazaud, *op. cit.*, p. 112.

répondre à de strictes conditions de recevabilité, respectueuses de tous les intérêts privés impliqués dans le conflit (§ II).

§ I – LE CONTOURNEMENT DE L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

340. L'autorité de la chose jugée constitue l'argument, *a priori* irréfragable, permettant de refuser la réouverture d'une procédure après l'arrêt de la Cour européenne. Il faut pourtant reconnaître que la vérité qui s'attache à la chose jugée dans l'ordre interne est contredite par celle contenue dans l'arrêt de la Cour. En outre, la procédure de réexamen instaurée en matière pénale atteste qu'il est possible de contourner l'obstacle de l'autorité de la chose jugée.

341. L'autorité de la chose jugée est un principe fondamental de la procédure civile française : « *raison d'être de l'action en justice, elle fonde aussi l'achèvement de l'instance et le dessaisissement du juge en couronnant son œuvre juridictionnelle* »[1219] . Des considérations de sécurité juridique et de maîtrise de la durée des procédures fondent cette solution. Le procès doit avoir un terme. Parce que la chose jugée est tenue pour la vérité[1220], elle est l'objet de l'article 1351 du Code civil dans la section sur les présomptions[1221]. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'oppose à tout réexamen de l'affaire et s'impose sous la triple condition d'identité de parties, d'objet et de cause[1222]. Il s'attache même aux décisions erronées[1223]. En dépit de l'importance qui lui accordée, la notion d'autorité de chose jugée suscite incertitudes et débats. La jurisprudence de la Cour de cassation permet difficilement d'affirmer si le bénéfice de cette autorité est étendu au seul dispositif de la décision ou

---

[1219] C. Brenner, « Les conception actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence », *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 221.

[1220] *Res judicata pro veritate habetur*.

[1221] J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2002, n° 591.

[1222] Article 1351 cc. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2003, n° 179 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4ème éd., Litec, 2004, n° 943.

[1223] « *Le principe de l'autorité de la chose jugée est général et absolu et s'attache même aux décisions erronées* » : Cass. civ. 1ère, 22 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 225 ; Cass. civ. 3ème, 4 mars 1998, pourvoi n° 96 11-399 ; Cass. soc., 19 mars 1998, Bull. n°158.

s'attache également aux motifs[1224]. En outre, il faut admettre que ce principe, qui peut être soulevé d'office par le juge[1225], est fragilisé lorsqu'un arrêt de la Cour européenne contredit une décision interne.

342. Après l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme, constatant une violation du droit conventionnel, l'autorité de la chose jugée et l'idée de vérité qu'elle contient risquent d'être ébranlées. Il y a coexistence de deux vérités judiciaires[1226]. Or, deux décisions contradictoires peuvent-elles être également porteuses de vérité ? Seule la réouverture de la procédure peut permettre de résoudre ce conflit de choses jugées[1227]. Une vision dynamique conduit à conclure que « *ce qui est jugé par la Cour européenne s'impose avec le temps aux juridictions françaises* »[1228]. La préservation de l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes se justifiait dans « *un ordre juridique clos sur lui-même* »[1229]. L'influence européenne ne peut plus être éludée et le prétexte de la vérité avancé au nom de l'autorité de la chose jugée. Cette attitude est inconciliable avec un système efficace de garantie de l'ordre public européen[1230]. Elle est également choquante. Pourquoi le requérant, qui a saisi la Cour et est à l'origine de la solution énoncée, serait le seul à ne pas bénéficier de la mise en conformité du droit français avec l'interprétation européenne[1231] ? Ce principe doit

---

[1224] L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4ème éd., 2004, n° 940 ; J. Ghestin, « L'autorité de la chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé », *in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 575.

[1225] Depuis le 1er janvier 2005, « *le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée* » ; article 125 alinéa 2 ncpc.

[1226] J.-P. Dintilhac, « La vérité de la chose jugée », *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La Documentation française, p. 49, spéc. p. 55.

[1227] J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Considérations générales autour de l'arrêt du Conseil d'Etat, du 11 février 2004, *Mme Chevrol* », *RFDA* 2005, chron. p. 163, spéc. p. 171.

[1228] J.-P. Dintilhac, *loc. cit.*

[1229] P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 2774 ; J. Andriantsimbazovina, *op. cit.*, p. 165.

[1230] O. de Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *RBDI* 1997/1, pp. 21-68, spéc. n° 12 p. 32 ; J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 211 ; F. Sudre, F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, coll. Droit fondamental, 7ème éd. refondue, 2005, n° 341 ; P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 2775.

[1231] F. Lazaud, *op. cit.*, p. 122 ; Ph. Bonfils, *op. cit.*

donc être nuancé, ou « *vivifié* »[1232], parce qu'il convient « *de prendre en compte, avec conviction, les normes conventionnelles européennes, y compris lorsqu'elles ont pour effet de bouleverser nos pratiques et nos traditions internes* »[1233]. L'ouverture d'une procédure de réexamen en matière civile risque en effet de soulever quelques critiques[1234] : elle témoignerait d'une avancée supplémentaire du droit européen des droits de l'Homme[1235]. Cependant, dès lors qu'une telle procédure a été admise en matière pénale, « *attachée sans doute plus que d'autres à l'idée de souveraineté nationale* »[1236], il pourrait en être de même en matière civile.

343. En effet, l'autorité de la chose jugée supporte désormais des atténuations en matière pénale[1237] afin de mettre un terme à une situation contraire aux droits de l'Homme. Ainsi, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption

---

[1232] S. Guinchard et N. Fricero, « Le nouveau Code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 221. Constatant, qu'en « *se transformant au nom de l'effectivité des droits et des garanties, le Code a pu vivifier des principes qui commençaient à dater au point que la doctrine processualiste était apathique, pour ne pas dire sclérosée, dans la répétition stérile des magnifiques et novateurs enseignements de Motulsky* », les auteurs gagent que « *si Motulsky avait vécu plus longtemps, il aurait su quitter les rives du souverainisme étroit, pour ne pas dire étriqué, pour aborder les bleus rivages d'une Europe universaliste* ».

[1233] J.-P. Dintilhac, « Confrontation entre le Code de procédure civile et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 415.

[1234] G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3ème éd. 1996 ; A propos de l'action du droit d'agir au sens de l'article 30, les auteurs énoncent que « *il faudrait vouloir beaucoup de mal au temps de la justice, à la dignité des droits de l'Homme et à la théorie de l'action pour découvrir dans l'exigence d'un intérêt et d'une qualité, dans le respect de l'autorité de la chose jugée ou dans l'édiction d'un délai d'action une violation des droits de l'Homme, lesquels n'exigent sans doute pas que n'importe qui soit entendu au fond quand il demande n'importe quoi, contre n'importe qui, n'importe quand (c'est sans doute la fonction bienfaisante et légitime de l'action)* », n° 75, p. 322.

[1235] Selon J. Foyer, en invitant les juges nationaux à écarter l'application d'une loi jugée non conforme à la Convention, la Cour européenne « *a inventé une sorte de voie d'exécution* » ; J. Foyer, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 749, spéc. p. 756.

[1236] Ph. Bonfils, *op. cit.*, p. 2382.

[1237] La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'était opposée à la prise en compte d'un arrêt de Strasbourg, lors d'une procédure pénale, alors même que celle-ci n'était pas clôturée et par conséquent revêtue de l'autorité de chose jugée. Cass. crim. 3 février 1993, *Kemmache*, *Bull. crim*. n° 109 ; 4 mai 1994, *Saïdi*, *Bull. crim*. n° ; *J.C.P.* 1994, II, 22349.

d'innocence et les droits de la victime[1238], marque une première évolution en faveur de l'effectivité des droits de l'Homme. L'article 89 de la loi a inéré un titre III dans le code de procédure pénale, après l'article 626 du même code, intitulé « *Du réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme* »[1239]. Une procédure spécifique, inspirée de la procédure de révision, permet désormais, dans un délai d'un an à compter de l'arrêt rendu par la Cour européenne[1240], d'adresser une demande de réexamen d'une décision pénale à une commission composée de sept magistrats de la Cour de cassation[1241], « *dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la "satisfaction équitable" allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme* »[1242]. Sans entrer dans un commentaire détaillé des dispositions relatives à cette procédure, il convient d'observer que la loi française inverse le mécanisme européen de réparation en faisant de la compensation pécuniaire le principe et de la réparation en nature une exception[1243]. Néanmoins, la Commission de réexamen a retenu une interprétation libérale de cette précision[1244]. Cette évolution favorable au droit européen a satisfait la doctrine française[1245],

---

[1238] *JO* 16 juin 2000, p. 9038. Ch. Vigouroux, « La mise en application de la loi sur la présomption d'innocence et le droit des victime »s, *D.* 2000, Interview, III.

[1239] Articles 626-1 à 626-7 cpp. Est en outre créé, en tête du code de procédure pénale, un article préliminaire énumérant les principes européens du procès équitable.

[1240] Article 626-3 alinéa 2 cpp.

[1241] Article 626-3 alinéa 1 cpp.

[1242] Article 626-1 cpp. Si la Commission accepte la demande de réexamen, l'affaire est renvoyée soit devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (lorsque la violation de la Convention a été commise au stade du pourvoi), soit devant une juridiction du fond du même ordre et du même degré que celle qui a rendu la décision attaquée (lorsque la violation a été commise devant une juridiction du fond), article 626-4. V., par exemple, Cass. Ass. pl., 18 janvier 2006, pourvoi n° 02-80.787, *JCP* 2006, II, 10075, note J. Leblois-Happe.

[1243] En effet, cette procédure est prévue lorsque la violation « *entraîne des conséquences dommageables auxquelles "la satisfaction équitable" (…) ne pourrait mettre un terme* », article 626-1 cpp.

[1244] R. de Gouttes, « La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 563, spéc. p. 574.

[1245] J. Pradel, « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D.* 2000, Point de vue, V-VI ; F. Le Gunehec, « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la protection d'innocence et les droits des victimes ; Quatrième et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après jugement », *JCP éd. G.*, 2000, Actualité pp. 1407-1410,

même si certains auteurs relèvent une atténuation du caractère « suprême » de la Cour de cassation[1246] et d'autres, à l'inverse, regrettent que la réforme soit limitée à une modification du code de procédure pénale, négligeant ainsi le droit privé[1247].

344. Actuellement circonscrite aux procès pénaux, l'exception apportée à l'autorité de la chose jugée emporterait des conséquences autres si elle était transposée en droit privé et appliquée aux litiges interindividuels. Un encadrement s'imposerait afin de préserver tous les intérêts en présence et de prendre en considération la configuration du litige horizontal tranché à Strasbourg.

§ II – L'ENCADREMENT DE LA PROCÉDURE DE RÉEXAMEN

345. Si le contentieux originaire, c'est à dire celui tranché par les juridictions françaises, opposait deux personnes privées, l'autorité de la chose jugée au niveau interne intéresse deux personnes, l'une satisfaite de la solution adoptée par la juridiction nationale, l'autre mécontente et par conséquent devenue requérante à Strasbourg. Or, le réexamen remettrait en question la situation des deux parties au niveau interne, postérieurement à un recours supranational auquel l'une d'elles n'est pas conviée. Cette particularité du contentieux horizontal[1248] invite à envisager avec prudence les conditions d'ouverture d'une procédure de réexamen. Certes, une tierce intervention est réalisable afin de permettre la représentation à Strasbourg de toute personne autre que le requérant donc, par exemple, l'opposant du requérant[1249]. Néanmoins, si le protocole n° 11 a mis en exergue cette procédure, en transférant les dispositions y relatives du Règlement intérieur[1250] de la Cour au texte même de

---

spéc. pp. 1409-1410 ; pour une appréciation avant l'adoption de la loi, G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, « A propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'Homme », *D.* 2000, Point de vue, V-VI ; J.-F. Renucci, « Le réexamen d'une décision de justice dans l'intérêt des droits de l'Homme », *D.* 2000, chron. p. 655.

[1246] J. Pradel, *op. cit.* ; R. De Gouttes, *op. cit.*, p. 563.

[1247] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 229.

[1248] O. De Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national », *RBDI*, 1997/1, pp. 21-68, spéc. pp. 32-33.

[1249] *Ibidem*.

[1250] Article 37 § 2 du Règlement A et 39 § 2 du Règlement B.

la Convention[1251], elle demeure à la discrétion du Président de la Cour[1252]. Le Protocole n° 14 n'apporte aucune modification sur ce point[1253]. Un examen de la jurisprudence européenne a permis de relever que si juges n'ignorent pas les intérêts de l'adversaire du requérant lorsque le litige a une configuration horizontale, la qualité d'appréciation de ces intérêts demeure perfectible[1254]. C'est pourquoi, l'admission d'un réexamen des décisions judiciaires internes intéressant les litiges interindividuels voudrait que la Cour européenne accepte et généralise la tierce intervention lorsqu'elle juge ce type d'affaires[1255]. Cette condition serait en conformité avec les principes reconnus par l'article 6 de la Convention et appliqués généreusement par la Cour. Cependant, la pratique de la tierce intervention, aléatoire puisque soumise à la décision du Président de la Cour, pourrait contribuer à conférer explicitement à la juridiction européenne une compétence qu'elle n'a pas, l'examen des affaires privées. Il est donc nécessaire de rechercher dans l'ordre juridique interne une issue respectueuse de tous les intérêts privés en jeu.

346. L'obstacle résultant du défaut de représentation, à Strasbourg, des particuliers intéressés par l'affaire examinée peut être surmonté et une procédure de réexamen instaurée, selon des modalités propres aux litiges interindividuels. Ainsi, il serait envisageable, afin de se conformer au constat de violation tout en préservant les intérêts du particulier non présent à Strasbourg, d'instituer une voie de réexamen qui ne pourrait être ouverte que sur initiative du

---

[1251] Article 36 § 2.

[1252] Selon l'article 36 § 2 CEDH, « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences* ».

[1253] Le futur article 36 § 3 reconnaît cependant un droit de tierce intervention au Commissaire aux droits de l'Homme « *afin de renforcer la défense de l'intérêt général* » ; § 87 du Rapport explicatif sur le Protocole n° 14. Ce rapport précise qu'il « *n'a pas été jugé nécessaire d'amender l'article 36 à d'autres égards* », § 89.

[1254] V. Partie I, Titre I, Chapitre II, *supra*.

[1255] Avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11, l'acceptation de la tierce intervention au profit d'une personne privée, partie adverse du requérant au niveau interne, semble n'avoir fait l'objet que d'une seule affaire. Il s'agissait des grands-parents auxquels la fille du requérant avait été confiée. Cour EDH, arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A n° 299-A. Les grands-parents avaient par ailleurs introduit une requête devant la Commission européenne des droits de l'Homme fondée sur le droit au respect de la vie familiale, qui fut jugée irrecevable ; Comm. EDH, req. n° 24627/94, *R. et S. Nick et S. Hokkanen c. Finlande*, déc. du 15 décembre 1996, non publiée. O de Schutter, *op. cit.* § 13 p. 33.

Ministère public, en fonction de la gravité de la violation ainsi que du rôle joué devant les instances européennes par la partie qui n'était pas à l'origine de la requête. Telle est la suggestion du Professeur Marguénaud[1256]. Le législateur pourrait également s'inspirer de la procédure adoptée en matière pénale et confier l'examen de la recevabilité à une Commission composée de sept magistrats de la Cour de cassation[1257], lesquels examineraient la place réservée à l'adversaire initial du requérant devant la Cour de Strasbourg. Cependant, examiner le rôle joué par le tiers durant la procédure européenne autoriserait les juges nationaux à contrôler les conditions dans lesquelles la Cour européenne se prononce. Si les magistrats français estiment que le tiers n'a pas eu un rôle suffisant doivent-ils pour autant refuser de réexaminer l'affaire ? Ne serait-ce pas une attitude déniant toute autorité à un arrêt européen en raison de son caractère inéquitable ? Manifestement, le dialogue des juges[1258] n'en est qu'à ses balbutiements[1259].

347. Par ailleurs, les conditions de la procédure de réexamen en matière civile pourraient être calquées sur celles retenues en matière pénale. Par exemple, un délai d'un an pour agir à compter de l'arrêt définitif[1260] de la Cour européenne serait imposé[1261]. La Recommandation du Comité des Ministres, adoptée le 19 janvier 2000[1262], peut également être une source d'inspiration : le requérant doit souffrir des conséquences très graves de la

---

[1256] J.-P. Marguénaud, « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, pp. 208-232, spéc. p. 228.

[1257] Article 626-3 cpp : chaque chambre de la Cour de cassation est représentée par un membre de la Commission, sauf la chambre criminelle, qui est représentée par deux membres.

[1258] J.-P. Costa, « La Cour européenne et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A Raynouard (dir.), *Le dialogue des juges entres les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 153.

[1259] En faveur d'une institutionnalisation du dialogue des juges nationaux avec ceux de la Cour européenne, V. G. Canivet, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », *in Dialogue des juges*, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 janvier 2005, http//www.courdecassation.fr/article8451.html, p. 9.

[1260] Article 44 de la CEDH.

[1261] Article 626-3, alinéa 2 cpp.

[1262] V. *supra*.

décision nationale qui ne peuvent être modifiées que par une réouverture de la procédure et la décision interne doit être contraire sur le fond avec la Convention ou révéler des erreurs ou défaillances de procédure. Un lien de causalité entre la décision définitive et la violation de la Convention est également exigé en matière pénale[1263].

348. Quant à la mise en forme d'une procédure de réexamen, deux propositions ont été avancées. Selon le Professeur Marguénaud, le nouveau code de procédure civile pourrait être enrichi d'un article rédigé de la façon suivante : « *le procureur général près la Cour de cassation peut demander la révision d'un jugement rendu par une juridiction civile quelconque lorsqu'un arrêt de la Cour EDH a établi que cette décision a été prononcée dans des conditions contraires à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ou à ses protocoles additionnels* »[1264]. Le Professeur Gautier propose quant à lui d'insérer un nouvel article dans le code civil, parce que celui-ci relève du domaine de la loi alors que le code de procédure civile est réglé par décret[1265]. Un article 1351-1 cc énoncerait que *« le réexamen d'une décision civile définitive peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme que cette décision a été prononcée en violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et de ses Protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour l'intéressé des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable allouées sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme* »[1266]. Il convient de relever que la première proposition réserve la possibilité de demander le réexamen au seul procureur général. La seconde proposition, à

[1263] R. De Gouttes, « La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 563, spéc., p. 571 ; F. Lazaud considère qu'en matière pénale, en pratique, « *la prise en considération des jugements européens demeure timide* » ; *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, vol. 1, p. 137.

[1264] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 229.

[1265] « *Il s'agit ici de créer une nouvelle voie de recours, dans le domaine sensible de la chose jugée et des droits des particuliers, ce qui relève du domaine de la loi* », *op. cit.*, p. 2776.

[1266] Cette dernière précision, inspirée du libellé retenu en matière pénale, est contenue dans la Recommandation du Comité des Ministres, mais elle semble inverser la hiérarchie entre la *restitutio in intergrum* et la réparation pécuniaire ; V. *supra*.

l'instar de la procédure admise en matière pénale[1267], est moins restrictive et donc sans doute plus appropriée.

349. Enfin, si la pression exercée par les instances du Conseil de l'Europe, les requérants et leurs avocats[1268] sont insuffisants et que le législateur tarde à intervenir, un recours en l'absence de texte pourrait être envisagé[1269]. La Cour de cassation pourrait aménager une voie de recours « *extraordinaire* » sans le support d'une disposition expresse, afin de garantir la « *prééminence du droit* »[1270]. Une telle pratique, respectueuse des droits de l'Homme, encouragerait cependant la critique de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation, déjà « *regardées comme des facteurs de subversion du droit national* »[1271].

350. Quelle que soit la voie empruntée, la mise à l'écart de l'autorité de la chose jugée afin d'exécuter les arrêts de la Cour européenne apparaît inéluctable. Les inquiétudes face à l'atténuation de l'autorité des décisions nationales sont légitimes, puisque ce principe garantit la sécurité juridique et permet de limiter les lenteurs procédurales. Cependant, le champ d'application du réexamen serait restreint, non seulement par de strictes conditions de recevabilité, mais aussi en raison de la nature des affaires ayant donné lieu à un constat de violation. Tous les arrêts rendus contre la France ne sont pas susceptibles d'une réparation en

---

[1267] Article 626-2 cpp.

[1268] Il est « *de la responsabilité des avocats, chargés d'obtenir gain de cause pour leurs clients, de prendre l'initiative de faire pression sur les autorités internes en vue de la réouverture du procès ; leur manque d'initiative en ce sens, spécialement en France, n'est indifférent au statu quo normatif* » ; E. Lambert, « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : Plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH* 2000, p. 199, spéc. 226.

[1269] Cette solution est proposée par P.-Y Gautier, mais l'auteur ne subordonne pas l'ouverture d'une voie de recours prétorienne à l'attentisme du législateur et suggère qu'elle soit mise en œuvre dès à présent, *op. cit.*, pp. 2775-2776.

[1270] Au soutien de cette thèse, P.-Y. Gautier relève que la Cour de cassation a déjà créé de telles voies de recours en l'absence de texte (« l'appel nullité » en matière d'arbitrage), et donc, si le juge souhaitait réellement créer des voies de recours prétoriennes, il le pourrait ; *loc. cit.*, p. 2775. La question d'une voie de recours prétorienne a également été étudiée en matière administrative ; concl. R. Schwartz, *D.* 2004, p. 1414 ; J. Andriantsimbazovina, *op. cit.*, p. 165.

[1271] G. Canivet, *op. cit.*, p. 3.

nature, à l'exemple du dépassement du délai raisonnable[1272]. En outre, l'autorité de la chose jugée serait rarement altérée puisque peu de litiges ayant une configuration horizontale sont portés devant les instances européennes. Quant aux autres litiges relevant du droit privé mais opposant directement le requérant à l'Etat, tels par exemple les contentieux relatifs à l'état civil, ou ceux relevant de la procédure civile, il n'y aurait pas d'inconvénient à instaurer une exception à l'autorité de chose jugée. L'Etat a pu faire valoir ses arguments devant la Cour européenne et sa « *sécurité juridique ne peut être que très rarement affectée par la remise en cause d'une solution isolée* »[1273]. En conclusion, il faut convenir que le réexamen des décisions civiles permettrait d'offrir aux particuliers un système de protection des droits de l'Homme « *complet, effectif, efficace, cohérent, lisible et compréhensible* »[1274].

[1272] « *Statistiquement, les réouvertures de procédures nécessaires pour nous permettre de nous conformer aux exigences de l'ordre public européen n'écorneraient pas davantage le principe de l'autorité de la chose jugée que ne le font celles déjà admises par l'article 622 du code de procédure pénale et par l'article 595 du code de procédure civile* », J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 220.

[1273] J.-P. Marguénaud, *op. cit.*, p. 221.

[1274] J. Andriantsimbazovina, *op. cit*., p. 172.

CONCLUSION
TITRE II

351. L'application de l'effet horizontal par le juge interne, édifiée sur l'effet direct de la CEDH et la reconnaissance de l'autorité interprétative de la jurisprudence européenne, contribue à la transformation du système juridique national. Invité à veiller au respect des droits de l'Homme dans les relations de droit privé, le juge judiciaire, à quelque niveau qu'il se trouve[1275], doit non seulement procéder à un contrôle de conventionnalité, qui peut entraîner l'éviction de la loi nationale, mais aussi renouveler ses méthodes de jugement. La technique du juste équilibre prescrite par la Cour européenne requiert un examen de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction apportée à un droit de l'Homme. Ce raisonnement doit également être mis en exergue afin de répondre à l'exigence européenne de motivation, laquelle peut prévenir un constat de violation à l'encontre de la France. La transformation du système juridique français sous l'influence du droit conventionnel peut et doit encore évoluer. Les effets de l'arrêt européen pour le requérant initialement engagé dans un contentieux privé sont actuellement inexistants. Cette situation, fondée sur le respect de l'autorité de la chose jugée, heurte la logique et contrevient au respect de l'ordre public européen. Elle sera appelée à évoluer sous la pression conjuguée des organes du Conseil de l'Europe et des requérants ayant obtenu un constat de violation de leurs droits. Une réforme inspirée du mécanisme de réexamen des décisions pénales devrait donc intervenir en matière civile, plus ou moins promptement. Elle devra cependant s'attacher à la particularité des litiges horizontaux. En l'absence d'une représentation efficace de tous les intérêts privés devant la Cour de Strasbourg, une réouverture de la procédure nationale doit être strictement encadrée. Quant au principe de l'autorité de la chose jugée, il sera d'autant moins ébranlé que les juges nationaux se prononceront conformément à la jurisprudence européenne.

[1275] V. G. Canivet, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », *in Dialogue des juges*, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 21 janvier 2005, http//www.courdecassation.fr/article8451.html, p. 1.

CONCLUSION
PREMIERE PARTIE

352. L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme est un mécanisme de protection juste au regard de la gravité et du nombre de restrictions que certaines personnes physiques ou morales peuvent apporter aux droits d'autrui. Son élaboration par le juge européen était opportune mais sa mise en œuvre demeure inaboutie. La technique de la Cour manque encore de rigueur et donc de transparence. Une réflexion devrait également être menée sur les conditions d'appréciation des litiges horizontaux et la prise en compte des intérêts de l'adversaire privé du requérant dans l'ordre juridique interne. Cette exigence s'imposera d'autant plus lorsque les arrêts européens permettront de demander la réouverture de la procédure nationale après un constat de violation. Si la Cour européenne est à l'origine de cette construction, c'est le juge interne qui est le principal promoteur de la protection horizontale des droits de l'Homme. Aussi convient-il de relever les efforts fournis par les magistrats français pour appliquer au mieux la jurisprudence européenne, même si, comme l'illustre la jurisprudence française ignorant volontairement ou non les principes conventionnels, une meilleure maîtrise du droit européen est encore possible et souhaitable. A partir d'une Convention internationale qui engage les Etats, c'est un véritable système de protection des droits de l'Homme dans les relations de droit privé qui s'est développé. Les conséquences en sont considérables. L'effet horizontal concourt à l'évolution de l'office du juge. Nouvelle source d'inspiration, la Convention est un facteur d'évolution de ses méthodes de jugement. Elle est encore une arme lui permettant de contrôler la conformité de la loi et des actes juridiques à ce texte et, s'il y a lieu, de les écarter. Plus généralement, les rapports entre l'Etat et ses ressortissants sont aussi affectés par la dimension horizontale de la CEDH. Ses fonctions deviennent ambivalentes puisqu'il doit s'abstenir et agir. S'abstenir de porter atteinte aux droits garantis et agir avant qu'un particulier ne s'ingère dans les droits d'un autre individu[1276].

[1276] Ainsi, les droits de l'Homme créent un espace public où l'Etat n'est pas nié, « *il est seulement remis à sa place comme instance de pouvoir ne détenant pas le principe de sa légitimité et comme simple partie d'un tout qui ne peut prétendre à détenir la totalité* », D. Rousseau, « Fonder la politique sur les droits de l'Homme », *Le Monde* 16 juillet 1999, p.16.

SECONDE PARTIE

LA MISE EN PERSPECTIVE DE L'EFFET HORIZONTAL

353. L’application de la CEDH dans les relations de droit privé est communément symbolisée par sa dimension horizontale. Elle ne peut donc être adéquatement présentée sans une mise en perspective. Celle-ci fait apparaître, qu’au-delà du bénéfice qu’en tirent les particuliers, des obligations que supporte l’Etat et des responsabilités confiées au juge judiciaire, l’application des droits de l’Homme dans les relations interpersonnelles emporte des conséquences inattendues. L’ordre public, qu’il soit européen ou national, est enrichi. Le premier bénéficie de l’extension de la compétence de la Cour et de l’essor de l’effectivité des droits charriés par l’effet horizontal. Le second est irrigué par les principes conventionnels, parfois régénéré à leur contact. La protection des droits de l’Homme entre personnes privées permet de telles mutations. L’effet horizontal a également une autre portée, moins conventionnelle : l’émergence de devoirs à la charge des particuliers. Dès lors qu’un magistrat français décide de se prononcer au regard des exigences conventionnelles et désapprouve une ingérence individuelle, le particulier sanctionné verra sa situation affectée sur le fondement de la CEDH. La possible condamnation d’un individu pour violation d’une disposition européenne peut être interprétée, *a contrario*, comme impliquant un devoir individuel de non-ingérence dans les droits de l’Homme des particuliers. Ces devoirs ne sont certes pas inscrits dans la Convention, mais ils sont la résultante logique du respect des droits de l’Homme entre personnes privées. D’autres devoirs sont plus surprenants. Il s’agit de ceux que la Cour européenne impose, sous diverses formes, aux particuliers. Cette conséquence novatrice de l’effet horizontal participe à l’humanisation des devoirs, lesquels sont habituellement associés à la négation des droits ou à l’immixtion inopportune de la morale dans le droit positif. Elle contribue également à corriger l’individualisme outré des droits de l’Homme.

354. Ainsi, la mise en perspective de l’effet horizontal permet de constater qu’il contribue à l’enrichissement de l’ordre public (Titre I) et qu’il autorise l’émergence de devoirs individuels (Titre II).

TITRE I

L'ENRICHISSEMENT DE L'ORDRE PUBLIC

355. Une étude de l'effet horizontal de la CEDH, c'est-à-dire du respect des droits conventionnels dans les relations entre personnes privées, ne peut éluder la question de l'ordre public européen, dont l'existence a été affirmée par la Cour européenne. Existe-t-il une relation entre ces deux notions européennes, et, dans l'affirmative, quelles en sont la nature et l'ampleur ? L'effet horizontal, en impliquant un respect des droits de l'Homme *erga omnes*, contribue à développer le champ d'application de la Convention et à asseoir les exigences de respect des droits conventionnels. Il est alors possible de considérer que l'ordre public européen s'en trouve amplifié. Mécanisme d'éviction, l'ordre public est également un mécanisme perturbateur par l'effet du juge[1277]. L'éviction, qui permet d'écarter un acte de volonté contraire à des valeurs jugées supérieures, se produit parfois au détriment de l'ordre public interne et au bénéfice de l'ordre public européen. La généralisation de l'effet horizontal contribue à la diffusion de l'ordre public européen. Celui-ci s'immisce dans l'ordre juridique interne et perturbe l'ordre public national. Le fonctionnement de ce dernier demeure identique mais les valeurs dont il est le vecteur se rapprochent des principes garantis par l'ordre public européen. Ainsi, lorsque l'ordre public européen entre en contact avec l'ordre public interne, ce dernier subit une mutation.

356. L'application des droits de l'Homme aux relations entre personnes privés enrichit les ordres publics européen et interne. Le premier est développé (Chapitre I) tandis que le second est renouvelé (Chapitre II).

[1277] Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », *in* Th. Revet (sous la coordination de), *L'ordre public à la fin du XX*[ème] *siècle*, Dalloz, 1996, p. 107 et s., spéc. p. 109.

CHAPITRE I

LE DÉVELOPPEMENT DE L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN

357. La Cour européenne a posé le postulat de l'existence d'un ordre public européen. Bien que cette énonciation n'emporte aucune conséquence explicite au regard de l'effet horizontal, on ne pouvait se résoudre à la laisser dans l'oubli. L'étude de l'ordre public européen révèle que l'effet horizontal concourre à renforcer la dimension d'ordre public du texte de 1950. L'existence de l'ordre public européen est traditionnellement fondée sur la nature du système de garantie des droits de l'Homme et sur sa finalité, l'effectivité des droits consacrés. Or, l'effet horizontal permet non seulement d'étendre la protection de ces droits aux relations interindividuelles mais il en assure aussi l'effectivité. Pour autant, la relation qui unit l'effet horizontal et l'ordre public européen n'est pas unilatérale ; il existe une interaction entre ces deux concepts européens. Si l'effet horizontal sert la défense de l'ordre public européen, il favorise simultanément l'emprise de cet ordre public sur les relations de droit privé. L'ordre public européen, au même titre que l'ordre public interne[1278], baigne dans un « *halo d'incertitude* »[1279]. Il conviendra alors de rechercher selon quelles modalités les relations entre particuliers y sont soumises. Pour cela, le contenu et la fonction de l'ordre public européen devront être esquissés.

358. Un examen des fondements du développement de l'ordre public européen par le mécanisme de l'effet horizontal est nécessaire (Section I) avant d'étudier la fonction de l'ordre public européen ainsi développé dans des relations de droit privé (Section II).

[1278] Cette caractéristique est commune à l'ensemble des Etats membres : W.J. Ganshof Van Der Meersh « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? » *in Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international – actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965*, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 155, spéc. p. 186.

[1279] F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? » *in* P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 40.

SECTION I – LES FONDEMENTS DU DÉVELOPPEMENT DE L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN

359. La reconnaissance d'un ordre public européen est ancienne. En 1961, alors que la Cour européenne n'avait pas encore rendu son premier arrêt[1280], la Commission EDH s'est prononcée sur l'existence d'un ordre public européen, en précisant qu' « *(en) concluant la Convention, les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le statut et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit* »[1281]. Elle affirma quelques années plus tard l'existence d'un « *ordre public européen* »[1282], le terme communautaire pouvant en effet prêter à confusion.

360. Quant à la Cour de Strasbourg, c'est dans l'arrêt *Loizidou contre Turquie*[1283], rendu en 1995, qu'elle a pour la première fois qualifié la Convention d' « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »[1284]. Madame Loizidou, ressortissante de la République de Chypre, se plaignait de ne plus pouvoir accéder à sa propriété, située dans la partie septentrionale de Chypre occupée par les forces armées turques depuis juillet 1974. L'affaire reposait donc sur une requête individuelle, mais déférée à la Cour par le gouvernement cypriote en vertu de l'ancien article 48 b) de la Convention. Il s'agissait pour les juges européens d'apprécier, parmi d'autres exceptions préliminaires, la validité de restrictions territoriales dont étaient assorties les déclarations de la Turquie relatives aux articles 25 et 46 de la Convention. En réponse au gouvernement requérant, justifiant le renvoi

---

[1280] Cour EDH, arrêt *Lawless c. Irlande* du 1er juillet 1961, série A n° 3.

[1281] Comm. EDH, déc. *Autriche c. Italie* du 11 janvier 1961, req. n° 788/60.

[1282] Comm. EDH, déc. *Chypre c. Turquie* du 10 juillet 1978, req. n° 8007/77.

[1283] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A n° 310 ; G. Cohen-Jonathan, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'Homme quelques observations », *RGDIP* 1998, p. 123-144 ; *Justices* 1997, p. 169, obs. G. Cohen-Jonathan, ; J.-P. Cot, « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH* 1998, p 102 ; *JDI* 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 1, comm. F. Sudre.

[1284] § 75.

de l'affaire devant la Cour « *dans l'intérêt de l'ordre public européen et de la protection des droits de l'Homme sur la base de la Convention* »[1285], les juges dénient toute efficacité à la restriction territoriale qui « *amoindrirait (…) l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »[1286]. La Cour renouvela cette affirmation en précisant qu'elle « *doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains* »[1287]. L'existence d'un ordre public européen a depuis été confirmée[1288].

361. Une telle portée de la Convention, très tôt envisagée par certains auteurs, ne pouvait passer inaperçue[1289]. Tous les arrêts mentionnant l'existence d'un ordre public

---

[1285] § 37.

[1286] § 75. Le terme « *constitutionnel* » n'est plus employé par la Cour. Celui-ci devait être compris « *non au sens du droit interne mais dans son acception matérielle d'élément structurant* », F. Sudre, *GACEDH*, p. 10.

[1287] § 93. L'arrêt a été rendu par la grande Chambre, et les deux points précités ont été adoptés par seize voix contre deux (ces deux dernières étant celles du juge turc et de M. Pettiti, juge français). L'affaire a fait l'objet de deux autres arrêts, l'un du 18 décembre 1996 portant sur le fond et l'autre du 28 juillet 1998 relatif à la satisfaction équitable, mais aucun d'entre eux ne se réfère de nouveau à l'existence d'un ordre public européen.

[1288] Relativement au volume du contentieux strasbourgeois, les arrêts européens sont peu nombreux à mentionner l'existence d'un ordre public européen ; Cour EDH, Gde Ch., *Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 45 ; *RTDH* 1999, p. 301, obs. B. Duarté ; *JCP* 1999, I, 105, n° 6 et 53, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 6, comm. M. Levinet, et n° 60, comm. J. Andriantsimbazovina ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, req. n° 25781/94, § 78 ; *RTDH* 2002, p. 807, obs. P. Tavernier ; *JCP* 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 86 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2003, p. 609, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne* du 17 février 2004, req. 44158/98, § 42 ; JCP 2004, I, 161, n° 13, obs. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Zdanova c. Lettonie* du 17 juin 2004, req. n° 58278/00, § 78.

[1289] W.J. Ganshof Van Der Meersh, « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? » in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international – actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965*, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 155 ; W.J. Ganshof Van Der Meersch, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RIDC* 1980 p. 317-335 spéc. p. 319 ; P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. Dr. intern. Privé* 1980 pp. 651-665 ; F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF 1989 pp. 405-463, spéc. p. 448 ; H. Labayle, « Droits de l'Homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP* 1990, I, 3452 ; G. Tenekides, « Rapports entre démocratie et droits de l'Homme » in *Démocratie et droits de l'Homme*, Engel 1990, pp.42-43 ; J.-F. Flauss, « Les droits de l'Homme comme éléments d'une

européen ont en commun de poser une question relative à l'application territoriale de la Convention. Jamais, la notion d'ordre public européen n'a été mentionnée dans une affaire ayant une dimension horizontale. Pourtant, l'ordre public européen entretient des liens étroits avec l'effet horizontal. Défini comme « *un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres* »[1290], il justifie l'application interindividuelle des droits de l'Homme. Corrélativement, l'effet horizontal permet de diffuser et de développer l'ordre public européen. L'existence de ce dernier est traditionnellement justifiée par la finalité et la nature de la Convention, c'est-à-dire l'objectif prééminent de respect des droits de l'Homme et la garantie collective des droits consacrés. En permettant à la Cour de surveiller indirectement le respect des droits de l'Homme entre personnes privées, l'effet horizontal étend la garantie collective initialement prévue et renforce l'ordre public européen (§ 1). Il contribue en outre à accroître l'effectivité des droits garantis, objectif consubstantiel à l'ordre public européen (§ 2).

§ I – L'EXTENSION DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR

362. La nature de la Convention et les conditions de sauvegarde des droits qu'elle consacre participent à l'établissement d'un ordre public. En ce sens, « *la prédominance de l'ordre public apparaît non seulement dans les droits garantis eux-mêmes, mais aussi dans le*

---

constitution et de l'ordre européen », *LPA* 30 avril 1993, n° 52, p. 8-15 ; F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? » *in* P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 40 ; du même auteur, « L'ordre public européen », *in* M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2001, p. 109 et s. ; G. Cohen-Jonathan « Conclusions générales » *in* J.-P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe Pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 477-509 ; J. Andriantsimbazovina, « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'Homme, Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1988 à 1995 », *CDE* 1997, p. 655 s. ; du même auteur, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'Homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 657 et s. ; J. Le Gloan, « L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur les droits nationaux », *RDP* 1999, p. 1765, spéc. p. 1780 et s. ; C. Picheral, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

[1290] F. Sudre « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p 42.

système de procédure du procès international qu'institue la Convention devant la Cour et dans la nature de l'intérêt que les parties ont à agir »[1291]. L'examen des conflits d'origine privée par la Cour de Strasbourg développe le système de garantie collective des droits de l'Homme prévu par la Convention. De ce fait, l'effet horizontal permet d'étendre l'ordre public européen.

363. La Convention européenne, à l'inverse des traités internationaux classiques, bénéficie d'une « *nature particulière* »[1292]. La Cour l'a affirmé à maintes reprises, notamment dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni*, en précisant que « *la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective"*»[1293]. La Convention est un « *traité d'organisation* » et un « *traité-loi* »[1294] dont le caractère objectif est indissociable de la garantie collective, le second élément participant du premier[1295]. Elle est exclusive de toute condition de réciprocité[1296]. C'est en considération de cette nature qu'il faut concevoir les engagements souscrits par les Etats et le mécanisme de protection érigé par la Convention, qu'il soit déclenché par une Partie contractante ou par un particulier.

364. L'article 33 de la Convention[1297] permet à tout Etat contractant d'exercer un recours devant les instances européennes nonobstant l'absence de lien de nationalité avec la victime individuelle de la violation ou l'absence de préjudice direct ou indirect subi par cet

---

[1291] W.J. Ganshof Van Der Meersch, « La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *op. cit.*, p. 203.

[1292] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, préc., § 70.

[1293] Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, § 239.

[1294] F. Ost, *loc. cit*.

[1295] H. Labayle, « Article 24 » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, p. 571 ; I.C. Barreto, « Article 48 » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, op. cit.*, p. 793.

[1296] Comm. EDH, déc. *France et autres Etats c. Turquie* du 6 décembre 1983, req. n° 9940/82 à 9944/82.

[1297] Ancien article 24.

Etat. L'ouverture d'un tel droit, celui de demander le respect par tout Etat membre des dispositions de la Convention, confère à la Convention la vigueur d'un véritable ordre public[1298]. En ce sens, la Commission européenne des droits de l'Homme a affirmé « *qu'un Etat contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24, ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe* »[1299]. Les requêtes étatiques renforcent donc la garantie collective[1300] prévue par le Préambule[1301] et le caractère d'ordre public de la Convention. L'Etat signataire devient procureur en permettant le déclenchement de l' « *action publique* » supra-nationale au profit d'un ordre public européen[1302]. Le Protocole n° 14 prévoit également d'accorder au Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe un droit de tierce intervention[1303] « *afin de renforcer la défense de l'intérêt général* »[1304]. Les instances strasbourgeoises étant rarement sollicitées par

---

[1298] H. Labayle, « Article 24 » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 571, spéc. p. 572.

[1299] Comm. EDH, déc. *Autriche c. Italie* du 11 janvier 1961, req. 788/60.

[1300] La saisine étatique est une expression du système de garantie collective instauré par la Convention : Comm. EDH, déc. *Autriche c. Italie* du 11 janvier 1961, req. 788/60. La Cour européenne a adopté la même approche, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, en reliant la garantie collective et la saisine de la Cour par un Etat-membre : « *Par son article 24, (la Convention) permet aux Etats contractants d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propre nationaux* », précité, § 239.

[1301] Alinéa 5 : « *Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ».

[1302] G. Cohen-Jonathan, « Les réserves à la CEDH. A propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988 », *RGDIP* 1989, p. 295. Il a également été suggéré que la composition des organes européens s'inscrivait dans cette logique, en permettant aux Etats membres de participer, par l'intermédiaire d'un juge élu, à l'élaboration de cet ordre public : C. Ravaud, « Article 20 » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, *op. cit.* p. 543.

[1303] Futur article 36 § 3.

[1304] § 87 du Rapport explicatif sur le Protocole n° 14.

les Etats membres du Conseil de l'Europe[1305], c'est en se tournant vers leurs ressortissants que l'on peut percevoir une mise en œuvre de la garantie collective de la Convention.

365. A l'action étatique s'ajoute en effet la possibilité pour toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers de saisir les instances strasbourgeoises dès lors qu' « *il se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus* »[1306] dans la Convention. Les bénéficiaires de ces recours ne sont subordonnés à aucune condition de nationalité[1307], d'âge ou de capacité[1308]. Ainsi tout individu, victime d'une violation ayant eu lieu dans la juridiction d'un Etat partie à la Convention, mais également toute personne morale, non titulaire de prérogatives de puissance publique et indépendante de l'Etat[1309], ou toute association informelle peuvent exercer un recours. Un intérêt à agir est néanmoins requis, s'agissant des particuliers, puisqu'un droit protégé doit avoir été effectivement lésé[1310]. Il est alors possible d'affirmer que les recours individuels ne constituent pas un « *vecteur de la garantie collective* »[1311]. Pour autant, les actions individuelles ne sont pas étrangères à la défense de l'intérêt général[1312],

---

1305 On devine aisément les motivations de cette inertie, néanmoins cette faculté d'ingérence reste considérable « *sur le plan des principes et de l'idée européenne* », J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3ème éd., 2002, n° 331.

1306 Article 34, ancien article 25 CEDH. Sur l'innovation et l'originalité réalisées par le système européen en accordant aux individus un droit d'action directe devant un organe international de contrôle, V. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 7ème éd. refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2005, n° 215.

1307 Selon le Professeur W.J. Ganshof Van Der Meersch, l'absence de condition de nationalité préalable à la saisine des instances européennes par un individu peut être expliquée par « *l'intérêt public fondamental qui s'attache à la protection des droits de l'Homme* » ; *op. cit.*, p. 209.

1308 Un mineur ou un incapable, selon le droit de l'ordre juridique dont il relève, peut en effet introduire un recours sans le concours d'un représentant. R. Abraham, « Article 25 » *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 579, spéc. p. 586.

1309 Cour EDH, arrêt *Les Saints Monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994, Série A, n° 301-A. Ont ainsi été admis à exercer un recours les sociétés commerciales, les syndicats, les organisations religieuses ou encore les partis politiques.

1310 Selon le futur article 35, le requérant devra avoir subi un « préjudice important ».

1311 F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 48.

1312 F. Sudre, *loc. cit.*

puisque l'intérêt individuel intègre l'intérêt général et rejoint ainsi l'ordre public[1313]. De même, l'interprétation autonome donnée à la notion de victime par les instances strasbourgeoises permet d'accorder la faculté de recours aux victimes indirectes[1314] et aux victimes potentielles[1315]. Les requêtes individuelles, facilitées par l'entrée en vigueur du protocole n° 11[1316], se joignent donc à la construction d'un droit commun et d'un ordre public européen. Il s'ensuit une distinction incertaine avec l'*actio popularis*[1317]. En ce sens, la Cour a

---

[1313] W.J. Ganshof Van Der Meersch, *op. cit.*, p. 210.

[1314] Une personne peut être indirectement victime si elle a des liens personnels avec une victime : Cour EDH, arrêt *Klass et autres c. RFA* du 6 septembre 1978, série A n° 28, § 36 ; Cour EDH, arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n° 280 B, § 18 ; *D.* 1995, p. 5, note J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 1995, p. 53, obs. P. Georgin ; *RTDH* 1994, p. 263, obs. F. Sudre.

[1315] La seule existence d'une législation, sans que celle-ci ait fait l'objet d'une application, peut aboutir à accorder la qualité de victime : Cour EDH, arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 41 ; *JDI* 1982, p. 185, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 41, comm. M. Levinet. De même le risque de subir une violation de l'un des droits protégés si une décision d'extradition était adoptée : Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A, n° 161, §§ 88 et 90 ; *RTDH* 1990, p. 62, obs. W.J. Ganshof van der Meersch ; *RGDIP* 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 15, comm. F. Sudre. S'agissant d'avortement, le droit de recours a également été accordé à des femmes en âge de procréer : Cour EDH, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, série A n° 246 A, § 44. V. enfin, Cour EDH, arrêt Grant c. Royaume-Uni du 23 mai 2006, req. n° 32570/03.

[1316] L'innovation créée en 1950 a été renforcée en 1998 puisque désormais le droit de recours individuel n'est, d'une part, plus limité par la nécessité d'une déclaration d'acceptation de la compétence des organes de contrôle effectuée par l'Etat défendeur et, d'autre part, permet d'accéder directement à la Cour ; Comp. Article 34 et ancien article 25 CEDH ; J.-P. Marguénaud, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1999, chron. 221.

[1317] F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *in* P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 17, spéc. p. 48 et s. ; V. sur la notion de victime et les critiques suscitées par une telle extension de la notion : J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, LGDJ, 3ème éd., 2002, n° 335 ; à rapprocher également de la cause significative qui « met *le droit en mouvement, (…) oblige à le requestionner en permanence* », *in* O. de Schutter, « La cause significative et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Annales de droit de Louvain* 1994, p. 445, spéc. n° 40 ; C.P. Economides, « Le droit de recours individuel : moyen de renforcement de la démocratie », *in* : *Démocratie et droits de l'Homme, op. cit.*, p. 73, spéc. p. 78.
La Cour européenne se défend pourtant d'instaurer une telle action ; Ainsi, à propos d'une requête introduite par le frère de la victime d'une grave agression de la part de gendarmes, la Cour affirme que « *le système des recours individuels prévu à l'article 34 de la Convention exclut les requêtes introduites par la voie de l'actio popularis* ». En l'espèce, la victime n'étant pas en mesure de mener elle-même la procédure, la Cour note « *que d'une manière générale il est préférable qu'une requête désigne comme requérant la personne lésée et qu'une procuration soit produite qui autorise un autre membre de la famille à agir au nom de l'intéressé. On a ainsi l'assurance que la requête est introduite avec le consentement de la victime de la violation alléguée et on évite l'introduction de requêtes par la voie de l'actio popularis* ». Enfin, elle ajoute « *que des considérations spéciales peuvent se justifier lorsque la personne (…) souffre toujours de graves séquelles* » ; Cour EDH. arrêt *Ilhan c. Turquie* du 27 juin 2000, req. n° 22277/93, §§ 52-53 ; *JCP* 2001, I, 291, n° 8, obs. F. Sudre ; V. l'opinion dissidente de M. le juge Gölcüklü, pour une contestation de la reconnaissance par la Cour de la notion

poursuivi l'examen d'une requête, dont l'initiateur était décédé, afin de résoudre une question qu'elle estimait être d'intérêt général[1318].

366. L'effet horizontal de la Convention renforce également la sauvegarde collective des droits de l'Homme. Lorsque la Cour accepte, alors qu'elle sait pertinemment que les contentieux privés ne relèvent pas de sa compétence telle qu'elle a été définie en 1950, d'examiner une requête alléguant une ingérence commise par une personne privée, elle développe le système de garantie des droits de l'Homme. Si la Cour consent à l'examen de ce type de requête, c'est bien qu'elle y voit un intérêt pour la défense de l'ordre public européen. Ainsi, dans l'arrêt *Pla et Pancernau*[1319], la Cour avait affirmé qu'elle « *n'est pas appelée, en principe, à régler des différents purement privés* » avant de préciser qu'elle ne saurait cependant « *rester inerte* » face à une interprétation, faite par un juge national, qui serait « *déraisonnable, arbitraire* » ou en « *flagrante contradiction avec l'interdiction de la discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* »[1320]. Face à une violation des droits de l'Homme d'un individu, la Cour s'insurge et avoue faire fi de la délimitation de sa compétence. Les principes conventionnels doivent primer sur toute autre considération, notamment d'ordre procédural. Si, en l'espèce, les requérants n'ont sans doute pas souhaité agir « *dans l'intérêt de la communauté de la Convention toute entière* »[1321], ils participent indirectement à la sauvegarde des droits de l'Homme. L'affaire offre à la Cour l'opportunité d'affirmer sa volonté de généraliser la défense des principes issus de la Convention, quelles que soient les circonstances de la violation. Si l'on considère que l'ordre public européen est présent dans le système de contrôle des engagements étatiques, le fait d'étendre ce contrôle aux « *différents purement*

de « *victime par procuration* » et sur l'absence de prévision par l'article 34 d'un pouvoir de déléguer la qualité de victime à une autre personne (§§ 4-5).

[1318] Cour EDH, arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, req. n° 40016/98 ; *RTD civ.* 2003, p. 764, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, p. 785, obs. A. Debet ; *JCP* 2004, I, 107, n° 18, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2005, p. 663, obs. Ph. Frumer.

[1319] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

[1320] § 59.

[1321] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 28 juillet 1998 (article 50), req. n° 15318/89, § 48, préc.

privés » renforce la protection de l'ordre public européen. De même, dans une affaire où la violation avait une origine privée, la Cour a rouvert une procédure dans l'intérêt de la justice, après qu'un comité de trois juges a déclaré la requête irrecevable[1322].

367. En accueillant les doléances visant indirectement une personne privée[1323], la Cour étend la protection des droits de l'Homme. L'intérêt à agir est toujours une condition préalable à la requête individuelle, mais la variété des contentieux que la Cour examine est tellement vaste que la sauvegarde de la Convention se renforce. En définitive, la garantie collective prévue par les rédacteurs a été adaptée à l'évolution des contentieux européens. La conjugaison de la quasi-absence de requêtes étatiques et de la croissance des litiges horizontaux a engendré une transformation des conditions de préservation des droits de l'Homme. Le système de garantie collective, bien que renouvelé, est consolidé et l'ordre

---

[1322] Cette affaire s'est conclue par l'arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00, retenant l'effet horizontal de l'article 5. En l'espèce, un comité de trois juges avait déclaré la requête irrecevable le 15 octobre 2002. Le 28 janvier 2003, la Cour a décidé de rouvrir la procédure, laquelle a été déclarée recevable par une décision du 26 octobre 2004. Le Gouvernement allemand objectait la *res judicata*, mais cet argument a été rejeté par les juges européens.

[1323] Si la requête vise expressément une personne privée, elle sera rejetée car le grief est incompatible *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. V., par exemple, Cour EDH, déc. *Wroblewski c. Pologne* du 1er avril 2004, req. n° 52077/99 ; En l'espèce, deux ex-époux s'étaient mutuellement accusés de violation de domicile devant les juridictions internes. S'agissant de l'ex-épouse, un non-lieu fut prononcé, tandis que l'ex-époux fut innocenté. Celui-ci saisit les instances strasbourgeoises au motif que son ex-conjointe aurait enfreint son droit au respect de son domicile. La Cour rejeta la requête pour incompétence *rationae personae*, étant donné « *que les actes en cause étaient le fait d'un particulier et dès lors ne sauraient être imputés à l'Etat* ». Ces situations sont cependant exceptionnelles parce que le nécessaire épuisement des voies de recours internes implique une intervention des juridictions nationales. Ainsi en est-il, par exemple, des affaires relatives à la liberté d'expression. Dans un arrêt rendu contre la Turquie, le requérant se plaignait d'une violation de l'article 10, parce qu'il avait été condamné à payer des dommages-intérêts suite à des propos diffamatoires qu'il avait tenus à l'égard de l'ancien Président de la République. Selon l'argument du Gouvernement turc, la procédure civile « *n'a d'intérêt que pour les deux parties du litige* », et ne peut être considérée comme une ingérence au sens de l'article 10. S'il y avait eu procès pénal, le requérant aurait été fondé à invoquer une ingérence étatique. Ce dernier rétorqua que le Gouvernement méconnaissait « *l'applicabilité par l'effet horizontal de la Convention* » ! La Cour, sans reprendre ni l'expression, ni l'argument du requérant, rappela « *qu'une condamnation au civil pour diffamation s'analys(e) en une ingérence sur le terrain de l'article 10 de la Convention* ». Cour EDH, arrêt *Pakdemirli c. Turquie* du 22 février 2005, req. n° 35839/97, §§ 35-37. L'épuisement des voies de recours internes, par la nécessaire intervention d'un représentant de l'Etat, transforme donc fréquemment les litiges horizontaux en litiges verticaux. Par conséquent le mécontentement du requérant se concentrera sur le comportement des autorités étatiques et la Cour ne pourra que difficilement rejeter la requête pour des motifs d'incompétence.

public européen se trouve renforcé[1324]. L'effet horizontal accroît également l'effectivité des droits garantis par la Convention.

§ II - L'AMPLIFICATION DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS

368. L'existence d'un ordre public européen trouve un fondement dans le texte même de la Convention. Il repose d'une part sur le Préambule qui fixe l'objet et le but du texte de 1950, d'autre part sur l'article premier qui marque le caractère obligatoire des droits proclamés. Ces deux textes impliquent une recherche d'effectivité des droits consacrés. La notion d'effectivité, étroitement liée à l'ordre public européen, justifie également les obligations étatiques et l'effet horizontal de la Convention. Par ailleurs, la dimension interindividuelle des droits de l'Homme repose, à l'instar de l'ordre public européen, sur l'article premier du texte. Il existe donc une synchronie entre l'ordre public européen, l'effectivité, les obligations étatiques et l'effet horizontal. L'ordre public européen implique une exigence d'effectivité, laquelle est atteinte en partie grâce à l'effet horizontal.

369. Le Préambule d'une convention révèle les motivations qui ont conduit à son élaboration[1325]. Le texte introductif de la CEDH se réfère au but du Conseil de l'Europe[1326]

[1324] La Grande Chambre de la Cour européenne considère d'ailleurs que la disposition consacrée au droit de recours individuel « *est l'un des piliers essentiels de l'efficacité du système de la Convention. Lorsqu'elle interprète une telle disposition clé, elle doit tenir compte du caractère singulier de la Convention, traité de garantie collective des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* ». Les juges de la grande Chambre observent également que le droit de recours individuel « *a acquis au fil des ans une grande importance et figure parmi les clés de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* » ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, §§ 100 et 121 ; *RTDH* 2005, p. 799, obs. Ph. Frumer.

[1325] Les travaux de la deuxième session de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, réunie du 7 au 28 août 1950, démontrent l'importance considérable accordée au préambule de la CEDH ; V. Th. Van Boven « Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, pp. 125-134 spéc. p. 126.

[1326] Lors de l'adoption du Statut du Conseil de l'Europe le 5 mai 1949, l'idée d'un patrimoine commun de valeurs, sur lesquelles se fonde toute démocratie, avait déjà été mise en exergue, l'objectif étant de le sauvegarder et de le développer. Entré en vigueur le 3 août 1949 ; Cf. Préambule, article 1er et article 3 du Statut. G. Tenekides, *op. cit.* p. 19 ; Les liens entre le Conseil de l'Europe et la CEDH sont tels, que A. Kiss a pu affirmer que « *si la Convention européenne a crée un ordre juridique, celui-ci doit être en fait celui du Conseil de l'Europe tout entier* », « La Convention européenne des droits de

qui est « *de réaliser une union plus étroite entre ses membres par la sauvegarde et le développement des droits de l'Homme* » et souligne le profond attachement des Etats aux libertés fondamentales « *qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde* » et dont la protection repose en partie sur « *une conception commune et un commun respect des droits de l'Homme* ». Ces Etats européens « *animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* » s'engagent à en assurer la garantie collective. Le préambule, annonciateur de l'objet de la Convention, circonscrit celui-ci à l'idée d'un intérêt général supérieur, commun à l'ensemble des Etats membres, « *de nature à former pour les Etats contractants et leurs ressortissants un véritable ordre public européen* »[1327]. C'est d'ailleurs sur le Préambule que la Cour se fonde pour justifier et délimiter l'ordre public européen. Elle estime qu'il « *ressort du Préambule* » que la démocratie représente un élément fondamental de « *l'ordre public européen* »[1328]. L'existence et les caractéristiques de l'ordre public européen se déduisent du Préambule, l'expression « *ordre public européen* » rassemble les dispositions de ce texte introductif[1329].

370. La Cour a déclaré que, conformément à la Convention de Vienne[1330], « *le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte (et) offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l' "objet" et du "but" de l'instrument à interpréter* »[1331].

---

l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? » in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 493-505, spéc. p.496.

1327 W.J. Ganshof Van Der Meersch, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RIDC* 1980 p. 317-335 spéc. p. 319.

1328 Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 45 ; *RTDH* 1999, p. 301, obs. B. Duarté ; *JCP* 1999, I, 105, n° 6 et 53, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 6, comm. M. Levinet et n° 60, comm. J. Andriantsimbazovina ; Cour EDH, arrêt *Ahmed et autres c. Turquie* du 2 septembre 1998, req. n° 22954/93, § 40 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 48, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, req. n° req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 86 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet ; Cour EDH, arrêt *Zdanova c. Lettonie* du 17 juin 2004, req. n° 58278/00, § 82.

1329 En ce sens, *GACEDH*, p 11, comm. F. Sudre.

1330 Article 32 § 1.

1331 Cour EDH, *arrêt Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A, n°18, § 34 ; R. Pelloux, « L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, pp. 330-339 ; *GACEDH,* n° 25, comm. A. Gouttenoire.

Aux termes de la jurisprudence strasbourgeoise, « *l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoires, mais concrètes et effectives* »[1332]. Il s'agit de faire en sorte que les droits consacrés ne soient pas « *vides de sens* »[1333] mais à l'inverse « *produisent des effets utiles* »[1334]. L'exigence d'effectivité est inhérente à la finalité de la Convention[1335]. Celle-ci « *doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de protection d'êtres humains et ses exigences doivent se comprendre d'une manière qui les rendent concrètes et effectives* »[1336]. La quête récurrente d'effectivité[1337] a été qualifiée de « *préoccupation dominante des organes de la*

[1332] V., par exemple, Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, §§ 24 et 26 : « *A l'intérieur de son champ d'application (la Convention) tend à une protection concrète et réelle de l'individu* » ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, § 33 ; *AFDI* 1981, p. 288, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1982, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. Rolland ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, préc., § 33 ; Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 100. *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud.

[1333] Cour EDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* du 23 juillet 1968, série A n° 6, § 3. *AFDI* 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

[1334] § 4. « *Cette règle classique (de l'effet utile) veut que les dispositions conventionnelles soient interprétées de manière à leur donner un effet plutôt qu'à les en priver* », L. Caflisch et A.A. Cançado Trintade, « Les Conventions américaine et européennes des droits de l'Homme et le droit international général », *RGDIP* 2004, pp. 5-62, spéc. p. 12. Selon J. Andriantsimbazovina, le souci d'atteindre l'effectivité « *se situe bien dans la logique de la doctrine des droits de l'Homme. Tout en ayant une dimension philosophique, cette doctrine ne se désintéresse pas, au contraire, de la réalité de la protection des droits de l'Homme* » : « "Une force qui va ?" Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2003 », *CDE* 2004, p. 405, spéc. p. 429.

[1335] D'ailleurs, la notion d'effectivité est visée par le Préambule à travers la référence à la Déclaration universelle des droits de l'Homme, laquelle « *tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont consacrés* ».

[1336] Cour EDH, arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, série A, n° 201, § 94 ; *RUDH* 1991, p. 205, obs. G. Cohen-Jonathan ; Cette affirmation témoigne de la complémentarité entre la nature et la finalité de la Convention qui, toutes deux, impliquent un ordre public européen ; pour une formulation similaire, Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, § 87 ; *RTDH* 1990, p. 62, obs. W.J. Ganshof van der Meersch ; *RGDIP* 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 15, comm. F. Sudre.

[1337] Pour une appréciation de l'effectivité sous l'angle de la sociologie juridique, V. J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9ème éd., LGDJ, 1998, et plus précisément, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit » pp. 140-152. En droit international public, l'effectivité a pour fonction de suppléer le droit des traités, M. Chemillier-Gendreau, « A propos de

Convention »[1338] ou de « *méta-règle essentielle qui gouverne la jurisprudence* »[1339] européenne. La grande Chambre de la Cour européenne accorde d'ailleurs « *une importance cruciale* »[1340] à cette méthode d'interprétation, qui a été érigée en « *principe d'effectivité* »[1341]. Les juges considèrent en effet que « *de même que toutes les autres dispositions matérielles de la Convention et de ses Protocoles, l'article 3 (du Protocole n° 1) doit s'interpréter à la lumière du principe d'effectivité des droits, inhérent à tout le système de la Convention* »[1342]. Dans chaque situation, aussi particulière et diverse soit-elle, l'objectif est de faire en sorte que le respect des droits proclamés « *devienne une réalité quotidienne* »[1343].

---

l'effectivité en droit international », *RBDI* 1975, pp. 38-46 ; C. Haguenau, *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Thèse, Ed. Bruylant/ Ed. de l'Université de Bruxelles, 1995, p. 2.

[1338] F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 363-384, spéc. p. 365.

[1339] F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH » *in* M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, Vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1989, pp. 405-463 spéc. p. 445.

[1340] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, § 74 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. Carillon ; *GACEDH* n° 42, comm. M. Levinet ; Cour EDH, arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 111 ; *RTDH* 2005, p. 799, obs. Ph. Frumer.

[1341] Cour EDH, arrêt *Podkolzina c. Lettonie* du 9 avril 2002, req. n° 46726/99, § 35. Selon la Cour, les principes qui la guident dans l'interprétation qu'elle donne des dispositions de la Convention, ne permettent cependant pas à un particulier de dénoncer une violation autonome de ceux-ci ; Cour EDH, déc. *S.B. et autres c. Belgique* du 6 avril 2004, req. 63403/00 (en l'espèce, les requérants invoquaient, outre une violation de certaines dispositions de la Convention, une violation des principes de prééminence du droit, de sécurité juridique, de prévisibilité de la loi et de proportionnalité).

[1342] Cour EDH, arrêt *Zdanova c. Lettonie* du 17 juin 2004, req. n° 58278/00, § 82. La Grande Chambre de la Cour a également considéré que lorsqu'une violation constatée découle d'une situation concernant un grand nombre de personnes, « *c'est là non seulement un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'Etat au regard de la Convention à raison d'une situation passée ou actuelle, mais également une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Conv*ention », Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. n° 31443/96, § 193 ; *RTDH* 2005, p. 203 obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI* 2005 p. 544, obs. P. Tavernier ; *RRJ* 2005, p. 914 note F. Lazaud ; *GACEDH*, n° 71, comm. J. Andriantsimbazovina. L'affaire concernait l'indemnisation des personnes vivant dans les provinces orientales de la Pologne avant la seconde Guerre Mondiale et qui avaient dû abandonner leurs biens après que la frontière polonaise a été fixée le long de la rivière Boug.

[1343] « *…pour qu'ils soient plus qu'une belle promesse dont la réalisation serait sans cesse renvoyée au lendemain* » : R. de Gouttes, « Protection : actions effectives au plan national » *in Tous concernés, L'effectivité de la protection des droits de l'Homme 50 ans après la Déclaration universelle, Actes du*

371. L'effectivité participe à la construction de l'ordre public européen puisqu'elle vaut particulièrement pour les droits qui jouent un rôle éminent dans une société démocratique[1344], laquelle est un élément essentiel de l'ordre public européen[1345]. L'Etat démocratique se doit de rendre effectif le respect des droits de l'Homme[1346]. La règle de droit « *est dite effective lorsqu'elle produit un effet, lorsqu'elle se traduit par des actes ou des comportements tangibles* »[1347]. Les obligations positives[1348] s'inscrivent dans cette logique[1349] en conférant aux droits « *une efficacité immédiate* »[1350]. L'objectif d'effectivité ne

---

Colloque organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2-4 septembre 1998, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 141-157, spéc. 141.

[1344] Cour EDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 24 ; *AFDI* 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre ; Cour EDH, arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, § 33 ; *AFDI* 1981, p. 288, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1982, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. Rolland.

[1345] La Cour considère que l'interprétation de la Convention doit se concilier avec « *l'esprit général de celle-ci, destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique* », Cour EDH, arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Petersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23, § 53 ; *GACEDH*, n° 55, comm. M. Levinet. Il faut en conclure que si l'interprétation du texte européen est guidée par la notion de société démocratique et que ce régime est un principe fondamental de l'ordre public européen, alors l'interprétation de la Convention est inspirée par l'ordre public européen.

[1346] O. Jacquot-Guillarmod « Rapports entre démocratie et droits de l'Homme » in *Démocratie et droits de l'Homme*, Engel 1990 pp. 49-72, sp. 57-58.

[1347] « *La référence à l'effectivité sous-entend un écart entre le droit tel qu'il est écrit et le droit tel qu'il est pratiqué* » : C. Haguenau, *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand, op. cit..*; selon la formule employée par F. Snyder, c'est l'écart entre « *le droit que l'on trouve dans les livres et le droit en action* » (« law in the books and law in action »), The effectiveness of Community law : institutions, processes, tools and techniques, M.L.R. 1993, pp. 19-54, cité par C. Haguenau.

[1348] Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 31; *CDE* 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

[1349] J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des Droits de l'Homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 657, spéc. p. 688.

[1350] U. Scheuner, « Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que judiciaires » in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international – actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965*, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 347-410, spéc. p. 356.

pouvant se satisfaire d'une protection relative et lacunaire des droits de l'Homme, la Cour a effectué une « *lecture rationnelle* »[1351] de la Convention. Le prolongement horizontal des obligations étatiques permet ainsi d'amplifier et d'optimiser l'effectivité des droits inclus dans la Convention[1352] et donc l'ordre public européen. Les arrêts de la Cour européenne expriment parfaitement l'enchaînement entre l'effectivité de la Convention et l'application de ses dispositions entre personnes privées[1353].

372. De la même manière que le Préambule, l'article 1 de la CEDH est considéré comme un fondement conventionnel de l'ordre public européen ; il est « *un instrument de définition du comportement national* »[1354] et marque le caractère obligatoire des droits consacrés[1355]. Les normes visées au titre I du texte de 1950[1356] sont ainsi « *partie intégrante de*

[1351] F. Ost, *op. cit*. p. 428.

[1352] G. Cohen-Jonathan, « L'évolution du droit international des droits de l'Homme », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp.107-125, spéc. p. 112 ; du même auteur, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'Homme », in SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, pp.101-135, spéc. p. 106 et s.

[1353] Par exemple, « *une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non-ingérence de l'Etat* » : une telle conception purement négative ne cadre pas avec l'objet et le but de l'article 11 et appelle parfois des mesures positives dans les relations individuelles : Cour EDH, arrêt *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Autriche* du 21 juin 1988, Série A, n° 139, § 34 ; *JDI* 1989, p. 824, obs. P. Tavernier. De même, l'exercice « *réel et efficace* » de la liberté d'expression « *ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux* » : Cour EDH, arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, req. n° 23144/93, § 43 ; *RTDH* 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre. L'applicabilité horizontale de l'article 8 traduit également une exigence d'effectivité : Parmi d'autres exemples, Cour EDH, arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20 avril 2004, req. n° 48995/99, § 59 ; Cour EDH, arrêt *Novoseletskiy c. Ukraine* du 22 février 2005, req. n° 47148/99, § 68.

[1354] D. Evrigenis, « Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Actes du colloque d'Athènes sur la CEDH*, Strasbourg, 1979, p. 70 ; Cet article a également été présenté comme celui qui « *fonde l'obéissance des Etats parties à la Convention* », H. Labayle, « droits de l'Homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCP* 1990, I, 3452, n° 8 ; P. Hammje, « droits fondamentaux et ordre public », *RCPID* 1997, pp. 1-31, spéc. p.5.

[1355] Cour EDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A, n° 25, § 238. En ce sens, l'article 1er est, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, précédé du titre « Obligation de respecter les droits de l'Homme ».

[1356] Article 1 CEDH : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés reconnus au titre I de la Convention* ».

l'ordre public européen »[1357]. Les Etats ont l'obligation « *au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés* »[1358]. La jurisprudence européenne relative à l'article 1 de la CEDH convainc également du rôle cardinal de cette disposition dans la construction de l'ordre public européen[1359]. La lecture extensive de la notion de juridiction répond à une exigence de défense de l'ordre public européen[1360]. Elle permet également de justifier l'imputabilité d'une violation individuelle à l'Etat. L'application horizontale des garanties européennes satisfait donc l'exigence de respect de l'ordre public européen : elle l'amplifie et elle le diffuse. Les dispositions conventionnelles doivent être respectées dans les rapports interindividuels.

373. Les procédés d'application d'un texte révèlent la place et la dimension que l'on souhaite lui accorder. Le Président René Cassin avait relevé qu'il « *existe un lien direct, étroit entre le respect pratique des droits de l'Homme dans la société où il vit et l'établissement d'un ordre international véritable* »[1361]. En étendant la protection des droits de l'Homme aux rapports de droit privé, l'effet horizontal renforce la dimension d'ordre public de la

---

[1357] J.A. Carillo-Salcedo, « Article 1[er] » *in* L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2[ème] éd. 1999, p. 135, spéc. p.138.

[1358] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, req. n° 23452/94, § 116 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet. Cette affirmation n'est pas isolée puisque dans l'arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, req. n° 48553/99, elle a énoncé qu'en vertu de l'article 1 de la CEDH, les Etats ont une « *obligation de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument* », § 96.

[1359] Selon les juges strasbourgeois, « *la portée de l'article 1 (…) est déterminante (…) pour la portée et l'étendue de tout le système de protection des droits de l'Homme mise en place par la Convention* » : Cour EDH, Gde Ch., déc. *Bankovic et autres c. Belgique et autres Etats* du 12 décembre 2001, req. 52207/99, § 65 ; *JCP* 2002, I, 105, n° 1, obs. F. Sudre ; *D.* 2002, p. 2567, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 2002, p. 1055, obs. G. Cohen-Jonathan ; *CDE* 2002, p. 752, obs. J. Andriantsimbazovina.

[1360] *GACEDH*, p. 13, comm. F. Sudre. V. en matière d'extradition : Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, § 85 ; *RTDH* 1990, p. 62, obs. W.J. Ganshof van der Meersch ; *RGDIP* 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 15, comm. F. Sudre. V. la mise à l'écart d'une exception d'incompétence *ratione loci* : Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A n° 310, § 61 ; G. Cohen-Jonathan, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'Homme quelques observations », *RGDIP* 1998-1, p. 123-144 ; *Justices* 1997, p. 169., obs. G. Cohen-Jonathan, ; J.-P. Cot, La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre, *RTDH* 1998, p 102. ; *JDI* 1, 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 1, comm. F. Sudre.

[1361] R. Cassin, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'Homme », *RCADI*, 1951, t. II, p. 149, spéc. p. 243.

Convention[1362]. Vecteur de l'ordre public européen, il favorise aussi l'emprise de l'ordre public supranational sur les relations interindividuelles.

SECTION II – LA FONCTION DE L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN DÉVELOPPÉ

374. L'existence d'un ordre public européen implique que « *doivent être respectées certaines règles exprimant les intérêts supérieurs de la collectivité considérée* »[1363]. L'effet horizontal permet justement de faire respecter ces règles dans les rapports de droit privé, mais les conditions de cette déférence doivent être circonscrites. La présence d'un ordre public au sein du dispositif européen invite à s'interroger sur l'étendue des dispositions dotées d'une telle valeur, puisque l'affirmation de son existence par les instances européennes semble tenir « *plus de la pétition de principe que de la démonstration juridique* »[1364]. Selon le Professeur Sudre, certains principes, porteurs de valeurs communes essentielles, constituent l'ossature de l'ordre public européen[1365]. Il s'agit des principes de respect de la dignité humaine, de prééminence du droit, de pluralisme, et de non-discrimination[1366]. Déclinés à partir de la notion de société démocratique, valeur centrale de l'ordre public européen, ils font office de principes directeurs de toute activité de l'Etat[1367]. Tout aussi importants, les droits à la vie et à l'intégrité physique concourent à la réalisation de ces principes[1368]. Il semble pourtant

---

[1362] W. J. Ganshof van der Meersch, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international,* Actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 155, spéc. p. 174.

[1363] F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? » *in* P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe Pour les droits de l'Homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »,* Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 39-80, spéc. p. 41.

[1364] F. Sudre, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux,* Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2001, p. 109, spéc. p. 110.

[1365] F. Sudre, « L'ordre public européen », *op. cit.* , spéc. p. 120.

[1366] Comp. F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? » in P. Tavernier (dir.) *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? - La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, préc. p. 57.

[1367] F. Sudre, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 120.

[1368] F. Sudre, *GACEDH*, p. 11.

difficile d'enfermer la notion d'ordre public européen dans un catalogue[1369]. Tout d'abord, une approche différente peut être retenue afin de « *configurer le portrait de la démocratie* »[1370]. Ainsi a-t-il été considéré que la conception européenne de la société démocratique est élective, pluraliste, tolérante, ouverte, juridique, substantielle et procédurale[1371]. En outre, la notion de société démocratique, épicentre de l'ordre public européen, est un standard, un « *critère d'interprétation* »[1372] qui, de ce fait, est nécessairement sous-jacent à l'interprétation de l'ensemble des dispositions de la Convention et de ses protocoles. Enfin, la Cour a énoncé que c'est la Convention qui est un « *instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains* »[1373], sans établir de distinction parmi les droits garantis ou les principes jurisprudentiels élaborés. De même, la recherche d'effectivité est constante et immanente à l'ensemble des dispositions de la Convention. Chaque droit ou liberté garanti nécessite une application effective et bénéficie de ce fait d'une valeur d'ordre public[1374]. L'ordre public européen peut donc être envisagé comme une

---

[1369] Le Professeur Sudre précise que le contenu de l'ordre public européen ne se réduit pas à ces seuls principes, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 120. V. également, sur l'absence de pertinence de la distinction établie par le Professeur Sudre au regard du droit international privé, F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2005, n° 337 et s.

[1370] F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Les voies du droit, paris, 1989, pp. 405-463, spéc. p. 441.

[1371] J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'Homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 657, spéc. p. 688. V. également, les principes issus de la société démocratique selon F. Ost, *op. cit.*, pp. 441-442.

[1372] F. Ost, *op. cit.*, spéc. pp. 429-443.

[1373] Cour EDH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, Exceptions préliminaires, série A n° 310, § 61 ; G. Cohen-Jonathan, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'Homme quelques observations », *RGDIP* 1998-1, p. 123-144 ; *Justices* 1997, p. 169., obs. G. Cohen-Jonathan, ; J.-P. Cot, La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre, *RTDH* 1998, p 102. ; *JDI* 1, 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 1.

[1374] On peut également ajouter que « *pour éviter tout émiettement de l'ordre public européen, afin de prévenir tout angle mort dans son application, la CEDH ne trie pas les normes ou mesures nationales qui seraient soumises ou pas à cet ordre public européen* », J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen… », *op. cit.* p. 685.

« synthèse »[1375] du système de garantie européenne des droits de l'Homme[1376]. Revêtant à la fois un aspect institutionnel et structurel et un aspect matériel et substantiel[1377], l'ordre public européen est « *l'expression du système juridictionnel de contrôle obligatoire* » et « *réunit la masse compacte des droits garantis par la CEDH et de ses protocoles* »[1378]. Au même titre que la jurisprudence européenne, l'ordre public européen est évolutif[1379] et s'inscrit dans un processus dynamique[1380]. Il se forme au gré des requêtes soumises à la Cour. En ce sens, la reconnaissance d'un ordre public européen a eu lieu « *dans la mesure où la Cour, confrontée aux paragraphes 2 des article 8 à 11, était appelée à définir ce qu'elle acceptait, à la lumière de la Convention, en présence de l'invocation de l'ordre public national par l'Etat défendeur* »[1381].

1375 J. Andriantsimbazovina, « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme, Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *CDE* 1997, p. 655, spéc. p. 667.

1376 J.-F. Flauss étend également l'ordre public européen à l' « *ensemble d'obligations objectives à la charge des Etats* » : « Les droits de l'Homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *LPA* 30 avril 1993, n° 52, p. 8, spéc. p. 10. V. également G. Cohen-Jonathan, « Conclusions générales » *in* P. Tavernier (dir.) *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ? - La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*, préc., p. 477 et s. ; F. Ost, *op. cit.*, p. 448.

1377 J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen… », *op. cit.*, p. 674.

1378 J. Andriantsimbazovina, *loc. cit.*

1379 L'ordre public européen « *peut se manifester concrètement à travers telle ou telle de ses dispositions, selon les nécessités de l'espèce, sans qu'on doive le délimiter au préalable* », C. Picheral, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, Préf. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001, p. 252.

1380 F. Sudre, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 117.

1381 L.-E. Pettiti, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, p. 27 et s., spéc. p. 31.

375. A l'instar de l'ordre public interne[1382], l'ordre public européen vise à protéger des intérêts supérieurs jugés essentiels. La comparaison s'arrête ici puisqu'à l'inverse de l'ordre public interne, l'ordre public européen ne fait l'objet d'aucune classification déterminant le régime qui doit lui être appliqué. Dès lors, doit-on considérer que les droits de l'Homme doivent prévaloir en toute occurrence et entraîner, par exemple, l'anéantissement d'une clause contractuelle contraire aux dispositions européennes ? Si une réponse affirmative était apportée, cela signifierait que tout conflit entre un acte juridique et un droit de l'Homme serait résolu de façon « *automatique et péremptoire* »[1383]. Cette solution doit être écartée. Elle contredit l'exigence de conciliation des droits. En outre, la Cour admet les renonciations aux garanties conventionnelles dans les relations privées. Pour autant, quelles que soient les modalités de limitation des droits, elles ne peuvent aboutir à supprimer leur effectivité. Il faut donc considérer que l'ordre public européen autorise des restrictions justifiées aux droits de l'Homme (§ I) mais interdit leur anéantissement (§ II).

§ I – LA POSSIBILITÉ DE RESTREINDRE LES DROITS DE L'HOMME

376. La soumission de l'effet horizontal à l'ordre public européen ne peut être entière. Cette appréciation procède premièrement d'une considération logique. La mise en œuvre des droits de l'Homme entraîne des conflits de droits[1384], lesquels empêchent inéluctablement ces droits de conserver une valeur absolue. Mettre en exercice un droit réduit celui-ci puisque l'exercice ne peut être effectué hors de la réalité sociale[1385], mais doit se

[1382] En droit privé, l'ordre public a pu être défini comme « *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* », *in* Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)* Thèse, Reims, éd. Matot-Braine, 1953, p. 68, n° 97, ou encore comme « *la norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux* » in G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 7ème édition, Paris, 1998.

[1383] J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 91.

[1384] V. Saint-James, *La conciliation des droits de l'Homme et des libertés en droit public français*, PUF, 1995, p 93.

[1385] J. Raynaud, *op. cit.*, n° 97.

concilier avec l'exercice des droits d'autrui. *A contrario*, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion peut être illimité tant qu'il ne fait l'objet d'aucune manifestation extérieure[1386]. Ce n'est que lorsque ce droit s'extériorise qu'il peut être soumis à certaines restrictions. Corollaire des relations sociales, la limitation de l'exercice des droits de l'Homme permet à chacun d'exercer ses droits : il est nécessaire de concilier les droits de chacun afin que, justement, chacun puisse exercer ses droits. Ainsi, le droit à la liberté d'expression ne peut être absolu et ne peut heurter le droit à la vie privée ou à la présomption d'innocence d'un autre individu[1387]. La limitation d'un droit conventionnel motivée par la défense d'un autre droit conventionnel peut alors être qualifiée de « *limitation systémique* »[1388]. Une conception absolutiste des droits de l'Homme et de l'ordre public européen est par conséquent inenvisageable.

377. Cette évidence a été prise en considération par les rédacteurs de la Convention puisque les paragraphes seconds des articles 8 à 11 indiquent que les autorités publiques peuvent restreindre l'exercice des droits consacrés afin de préserver les droits d'autrui. La jurisprudence de la Cour témoigne également d'une indispensable conciliation, et donc limitation, des droits de l'Homme dans les relations entre personnes privées. Cette nécessité apparaît nettement dans l'arrêt *Odièvre contre France* rendu par la Grande Chambre de la Cour le 13 février 2003[1389]. La requérante alléguait une violation de l'article 8 en raison de l'impossibilité de connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon. La Cour jugea que « *l'expression "toute personne" de l'article 8 de la Convention s'applique à*

[1386] Article 9 §§1 et 2 de la CEDH ; J. Raynaud, *loc. cit.* ; l'organisation du droit de propriété démontre également l'impossibilité d'exercer un droit de manière absolue.

[1387] En vertu de l'article 10 de la CEDH, la presse a le droit de communiquer des informations et des idées, et le public a le droit d'en recevoir. Toutefois, il « *faut aussi tenir compte du droit que l'article 6 § 2 de la Convention reconnaît aux individus d'être présumés innocents jusqu'à ce que leur culpabilité ait été légalement établie* » ; Par exemple, Cour EDH, arrêt *Tourancheau et July c. France* du 24 novembre 2005, req. n° 53886/00, §§ 66 et 68 ; *JCP* 2006, I, 109, n° 10, obs. F. Sudre ; *JCP* 2006, II, 10076, note E. Derieux.

[1388] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruylant, Bruxelles, 2001, n° 132, p. 109.

[1389] Req. n° 42326/98 ; *JCP* 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. Marguénaud.

l'enfant comme à la mère »[1390]. Il lui fallait donc concilier le droit de l'enfant à connaître ses origines, et l'intérêt pour une mère de conserver son anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. Cette harmonisation des droits implique par conséquent des restrictions, alors même que la Convention atteste de la présence d'un ordre public européen.

378. La conciliation des droits est d'ailleurs inhérente à l'ordre public européen. Ainsi, la Cour a énoncé que « *la démocratie représente un élément fondamental de l'ordre public européen* »[1391]. Or, « *dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté en question de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et assurer le respect des convictions de chacun* »[1392]. La conciliation des droits est donc justifiée par les valeurs démocratiques constitutives de l'ordre public européen. La démocratie se fonde sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus, qui doivent accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent[1393]. Même la liberté de pensée qui représente l'une des assises d'une société démocratique, et donc de l'ordre public européen, peut faire l'objet de restrictions[1394]. L'Etat peut ainsi légitimement limiter la liberté de manifester une religion, si l'usage de cette liberté porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui[1395]. Au même titre que les obligations étatiques, les droits de l'Homme ne sont pas absolus. Il est donc possible de délimiter l'ordre public européen en considération

---

[1390] § 44.

[1391] Cour EDH, Gde Ch., *affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. n° 19392/92§ 45 ; *RTDH* 1999, p. 301, obs. B. Duarté ; *JCP* 1999, I, 105, n° 6 et 53, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 6, comm. M. Levinet et n° 60, comm. J. Andriantsimbazovina.

[1392] Cour EDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 33 ; *RTDH* 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 53, commentaire M. Levinet.

[1393] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 99 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 54, commentaire M. Levinet.

[1394] Arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 31.

[1395] Cour EDH, déc. *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, req. n° 42393/98 ; *AJDA* 2001, p. 482, obs. J.-F. Flauss.

des obligations de l’Etat[1396]. Par exemple, le droit à la vie familiale n’est pas absolu car, pour le garantir, l’Etat doit tenir compte des circonstances de chaque espèce et veiller au respect des droits des personnes intéressées par le litige[1397].

379. Outre la nécessaire conciliation des droits qui entraîne une restriction de leur exercice, la Cour admet que les particuliers puissent renoncer aux garanties offertes par la Convention[1398]. Les juges européens ont ainsi observé que « *sans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer, mais il n'en va pas de même de certains autres* »[1399]. Ainsi, « *le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une “société démocratique”, au sens de la Convention, pour qu’une personne perde le bénéfice de la protection de celle-ci du seul fait qu’elle se constitue prisonnière. Une détention pourrait enfreindre l’article 5 quand bien même l’individu dont il s’agit l’aurait acceptée* »[1400]. Pour autant, certains droits procéduraux peuvent être mis à l'écart. Le droit à un tribunal n'étant « *pas plus absolu en matière pénale qu'en matière civile* »[1401], les arrangements parajudiciaires, qu'ils relèvent des relations juridiques privées par le biais d'un compromis arbitral[1402] ou qu'ils découlent d'une transaction éteignant l'action

---

[1396] Selon J.-F. Flauss, l’ordre public européen correspond à l’ « *ensemble d’obligations objectives à la charge des Etats* » : « Les droits de l'Homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *LPA* 30 avril 1993, n° 52, p. 8, spéc. p. 10.

[1397] Par exemple, Cour EDH, arrêt *Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006*, req. n° 7548/04, § 28.

[1398] Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l’épreuve de la volonté individuelle*, Préf. R. Ergec, Bruxelles, Bruylant, Ed. de l’Université de Bruxelles, 2001.

[1399] Cour EDH, arrêt *Albert et Lecompte c. Belgique* du 10 février 1983, série A, n° 58, § 35.

[1400] Cour EDH, arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, série A n° 12, § 65 ; *GACEDH* n° 18, comm. J.-P. Marguénaud.

[1401] Cour EDH, arrêt *Deweer c. Belgique* du 27 février 1980, série A n° 35, § 49 ; La Cour légitime par-là le principe de l'opportunité des poursuites ou l'abandon de l'action publique ; ainsi, le droit à un tribunal « *se prête à des limitations implicites dont le paragraphe 58 du rapport de la Commission fournit deux exemples (classement et non-lieu), mais sur lesquelles il n'appartient pas à la Cour d'échafauder une théorie générale* » § 49 ; Cour EDH, arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A n° 18, § 38 ; R. Pelloux, « L’affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *AFDI* 1975, pp. 330-339 ; *GACEDH*, n° 25, comm. A. Gouttenoire.

[1402] F. Matscher, « Article 6 (suite), L'arbitrage et la Convention », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l’Homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., Economica, 1999, p. 281 ; J.-F. Flauss, « L'application de l'article 6 de la Convention aux procédures arbitrales », *Gaz. Pal.* 2-3 juillet 1986, p. 2 ; O. Jacot-Guillarmod, « L'arbitrage privé face

publique, sont admis et justifiés par la Cour européenne : « *dans le système juridique des Etats contractants pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage, et au pénal sous celle, entre autres, des amendes de composition. Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se heurte pas en principe à la Convention* ». Cependant, « *le "droit à un tribunal" revêt (…) une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire. En un domaine qui relève de l'ordre public des Etats membres du Conseil de l'Europe, une mesure ou solution dénoncée comme contraire à l'article 6 appelle un contrôle particulièrement attentif* »[1403]. Il est ainsi loisible au justiciable de renoncer à la publicité des débats[1404], au droit de comparaître en personne au cours du procès[1405], au droit d'obtenir une lecture du dossier d'instruction à l'audience[1406], voire d'abandonner l'exigence d'impartialité en n'exerçant pas la faculté de récusation offerte par le droit interne[1407]. Le recours à une procédure d'arbitrage est aussi envisageable, sous réserve

---

à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 281 ; C. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 573.

[1403] Cour .EDH, *Deweer c. Belgique*, préc., § 49.

[1404] Cour EDH, arrêt *Albert et Lecompte c. Belgique* du 10 février 1983, série A, n° 58, § 35 : « *Ni la lettre, ni l'esprit de l'article 6 § 1, n'empêche un médecin de renoncer à la publicité de son plein gré et de manière non équivoque* » ; Cour EDH., arrêt *Pauger c. Autriche* du 28 mai 1997, req. n° 16717/90, § 58 ; Cour EDH, arrêt *Hakansson et Sturesson c. Suède* du 21 février 1990, série A n° 171 ; J.-F. Flauss, « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », *RTDH* 1991, pp. 491-505 ; Cour EDH, arrêt *Schuler-Zgraggen* du 24 juin 1993, série A n° 263, § 58.

[1405] Cour EDH arrêt *Poitrimol c. France* du 23 novembre 1993, série A n° 277-A, § 31 : « *une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en principe incompatible avec la Convention s'il peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit. On peut se demander si cette dernière exigence subsiste quand l'intéressé a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre, mais quoi qu'il en soit pareille renonciation doit, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, se trouver établie de manière non équivoque et s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité* » ; *RTDH* 1995, p. 615, obs. F. Roggen ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 23, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 34, commentaire A. Gouttenoire. En ce sens, mais de manière plus ambiguë, voy. Cour EDH, arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985, série A n° 89, § 28.

[1406] Cour EDH, arrêt *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, série A, n° 146, § 82.

[1407] Cour EDH, arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, req. n° 17358/86, § 34 ; V. également l'opinion partiellement dissidente de M. le juge Morenilla ; *RTDH* 1996, p. 627, obs. P. Martens.

d'un contrôle scrupuleux par les autorités nationales[1408]. Cet examen doit porter sur trois conditions de licéité de la renonciation : celle-ci doit être volontaire, ne heurter aucun intérêt public supérieur et ne pas être équivoque. La première condition permet d'apprécier si la renonciation a été libre c'est-à-dire effectuée en l'absence de toute contrainte. Un préjudice grave résultant du refus de renoncer peut constituer une contrainte[1409]. A ce titre, un parallèle peut être établi avec la jurisprudence interne. Un arrêt de la Cour de cassation a précisé que « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »[1410]. Néanmoins, toute menace d'ordre économique n'est pas synonyme de violence[1411]. La deuxième condition correspond à l'exigence de respect de l'ordre public requise en droit interne, et marque les conditions du respect de l'ordre public européen. Malgré l'absence de décision européenne sur ce point, « *constitue une renonciation non valable à la protection judiciaire étatique, la convention par laquelle les parties s'entendent pour déclarer incompétentes l'ensemble des juridictions internes* »[1412]. Le droit serait alors totalement anéanti. Quant à la dernière condition, une renonciation non équivoque peut être considérée comme telle lorsqu'elle est expresse[1413] mais

---

Comp. Cour EDH, arrêt *Pfeifer et Plakl c. Autriche* du 25 février 1992, série A n° 227, dans lequel la renonciation n'était pas valable en raison des circonstances entourant la décision du requérant, §§ 37-39.

[1408] Dès lors, si certains vices entachent la procédure d'arbitrage, la non-conformité à la Convention résultera « *du fait que le droit étatique n'offre pas de possibilités adéquates de priver d'effets une convention d'arbitrage entachée d'un tel vice, de corriger ceux affectant la procédure arbitrale, ou d'annuler la sentence prononcée, ou encore du fait que la juridiction étatique n'a, de manière injustifiée, pas fait droit aux demandes correspondantes* », F. Matscher, *op. cit.*, p. 287.

[1409] En ce sens, V. les arguments de la Comm. EDH dans l'affaire *Deweer c. Belgique*, préc.

[1410] Cass. civ. 1ère 30 mai 2000, *Bull. civ.* I, n° 169, p. 109 ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fagès ; *RTD civ.* 2000, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. Chazal ; *Defrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc. Consom. 2000, n° 142, obs. L. Leveneur ; *D.* 2001, somm. p. 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001, II, 10461, note G. Loiseau.

[1411] « Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » : Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932 ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fagès ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel ; *D.* 2002, p. 1862, note J.-P. Chazal.

[1412] F. Matscher, *op. cit.*, p. 283.

[1413] Pour la recommandation d'un formalisme *ad validitatem* comportant l'engagement de ne pas ester en justice dans les relations d'affaires, V. R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, Thèse, Limoges, 2005, n° 365.

aussi tacite. Dans ce cas, l'appréciation de l'absence d'équivoque est opérée de façon syncrétique[1414].

380. L'affaire *Calvelli et Ciglio c. Italie,* examinée par la Grande Chambre de la Cour le 17 janvier 2002[1415], confirme la possibilité de renoncer à certaines garanties procédurales. Les requérants se plaignaient d'une violation du droit à la vie en ce que le médecin, reconnu responsable du décès involontaire de leur nouveau-né en première instance pénale, n'avait pas été sanctionné pénalement car l'action publique s'était soldée par une prescription. Parallèlement à la voie pénale, les parents avaient entamé une action civile. Celle-ci s'était conclue par une transaction avec les assureurs du médecin mettant fin à la poursuite de la procédure civile. La Cour a alors considéré que « *les requérants se sont fermé la voie d'accès privilégiée en l'occurrence pour faire la lumière sur la portée de la responsabilité du médecin quant au décès de leur nouveau-né, voie qui était de nature, dans le contexte spécifique de la présente affaire, à satisfaire aux obligations positives découlant de l'article 2* »[1416]. La Cour avait en effet précisé auparavant que lorsque l'homicide est involontaire ces obligations n'imposent pas dans tous les cas un recours de nature pénale[1417]. En dépit du caractère primordial de l'article 2, il est possible pour les particuliers de conclure des arrangements privés mettant fin au conflit. La présence d'un ordre public européen n'exclut pas de telles transactions.

381. Les affaires intéressant la renonciation à un droit substantiel ne sont pas aussi explicites sur les conditions devant entourer l'abandon d'une garantie conventionnelle. Certains litiges, relatifs aux relations contractuelles de travail, ont fait l'objet de requêtes présentées devant la Commission européenne des droits de l'Homme mais écartées par celle-ci en raison de leur irrecevabilité. De la sorte, la Cour de Strasbourg n'a pas pu se prononcer

---

[1414] J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 500.

[1415] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96. *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

[1416] § 55.

[1417] § 51. L'arrêt a été adopté par 17 voix contre 3. Selon M. le Juge Rozakis « *considérer que la procédure civile est un moyen satisfaisant de répondre aux exigences de l'article 2 revient à déprécier la protection du droit à la vie garantie par cet article et à "privatiser" ladite protection* », Opinion partiellement dissidente à laquelle M. le Juge Bonello et Mme la Juge Straznicka déclarent se rallier.

sur de telles dispositions contractuelles mais il convient de relever le raisonnement retenu par la Commission EDH.

382. Dans l'affaire *Rommelfanger*[1418], la Commission européenne des droits de l'Homme s'est prononcée sur le licenciement d'un médecin employé par un hôpital catholique et lié par un contrat dont une clause exigeait de lui un comportement, pendant et hors de son temps de travail, en accord avec les principes chrétiens. Peu après son recrutement, le requérant s'exprima dans un magazine hebdomadaire en faveur de la législation sur l'avortement. Cette position, qu'il reformula lors d'une entrevue télévisée, motiva son licenciement puisqu'elle était, selon son employeur, constitutive d'une violation de son devoir de loyauté inscrit dans son contrat de travail. Les juridictions étatiques ayant validé le licenciement, le médecin présenta une requête auprès des instances européennes pour violation de sa liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention. Le gouvernement allemand objecta que le requérant, en acceptant un devoir de loyauté, avait renoncé à exercer sa liberté d'expression L'affaire posait explicitement le problème de la validité d'une clause contractuelle limitant le bénéfice des droits conventionnels. La Commission a refusé d'accueillir l'argument étatique, le statut de médecin employé par un hôpital catholique ne pouvant le priver totalement de la protection accordée par l'article 10 de la CEDH[1419]. Cependant, elle a estimé qu'en s'engageant dans une relation contractuelle le requérant a accepté certains devoirs envers l'Eglise catholique[1420], limitant ainsi, dans une certaine mesure, sa liberté d'expression. Sans spécifier de fondement textuel ou jurisprudentiel, la Commission a ajouté qu' « *en principe, la Convention permet les obligations contractuelles de cette sorte si elles sont librement acceptées par la personne concernée* »[1421] et en a déduit que leur violation implique les conséquences légales stipulées

---

[1418] Comm. EDH, déc. *Rommelfanger c. R.F.A.* du 6 septembre 1989, req. n° 12242/86.

[1419] Selon la Commission le requérant a été démis de ses fonctions par un employeur privé, bien que l'Eglise catholique ait un statut de droit public en R.F.A. Ainsi, elle considère que l'Etat n'est pas directement responsable du licenciement effectué par l'employeur catholique puisque ce dernier doit être considéré comme une organisation non gouvernementale sens de l'article 25 de la CEDH. De même, la violation d'une clause contractuelle avec l'assistance des autorités compétentes de l'Etat ne constitue pas non plus une « *ingérence d'autorité publique* » avec les droits garantis par l'article 10 § 1 de la Convention.

[1420] La Commission précise également que de telles obligations sont susceptibles d'être imposées par d'autres employeurs que l'Eglise catholique ou ses institutions.

[1421] Traduction libre.

dans le contrat, dont le licenciement. Deux arguments semblent justifier la solution retenue par la Commission européenne[1422]. D'une part, elle paraît s'être attachée au statut particulier de l'employeur, dont les convictions sont essentielles pour l'exercice de ses fonctions. D'autre part, la Commission a relevé que le droit interne protégeait les droits de l'employé contre les demandes déraisonnables et disproportionnées de son employeur, alors même qu'elles résultent d'une clause contractuelle. La loi allemande permettait ainsi de garantir l'employé d'une contrainte qui toucherait à la substance même de la liberté d'expression.

383. La notion de substance trace la frontière entre une restriction des droits inhérente à la Société démocratique et une violation condamnable des droits de l'Homme. La privation d'une garantie conventionnelle ne peut être totale[1423].

§ II – L'IMPOSSIBILITE D'ANEANTIR LES DROITS DE L'HOMME

384. La Cour a averti les Etats contractants que, « *bien que non tenus d'incorporer la Convention à leur système juridique national, ils n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1 et sous une forme ou une autre y assurer à quiconque relève de leur juridiction la* substance *des droits et libertés reconnus* »[1424]. Cet impératif de la jurisprudence européenne est sans égard pour le caractère horizontal ou vertical du conflit : la limitation d'un droit de l'Homme ne doit pas aller jusqu'à atteindre la substance de celui-ci. La substance d'un droit est ce qu'il y a d'essentiel dans ce droit, ce qui doit être absolument préservé, à l'inverse de ce qui est susceptible de subir des limitations. Il convient en conséquence de circonscrire la notion de substance et de vérifier si seul ce noyau du droit jouit de la protection absolue de l'ordre public européen[1425].

[1422] La Commission n'a procédé à aucun examen des circonstances entourant l'agrément donné par l'employé. Cette question, il est vrai, ne faisait l'objet d'aucune contestation par les parties.

[1423] Com. EDH, déc. *Rommelfanger*, préc. ; Cour EDH, arrêt *Van der Mussele c. Belgique* du 23 novembre 1983, série A n° 70, § 40.

[1424] Cour EDH, arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A n° 98, § 84, souligné par nous ; *GACEDH* n° 65, commentaire J.-P. Marguénaud. A la suite de cette affirmation, la Cour renvoyait au § 239 de l'arrêt *Irlande c. Royaume* du 18 janvier 1978 (série A n° 25), mais la formulation retenue dans cette dernière espèce n'est pas tout à fait identique.

[1425] J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 127.

385. L'appréciation de la légitimité des restrictions aux droits de l'Homme, au regard de la substance du droit, est constante pour certaines dispositions. La jurisprudence européenne rendue sur le fondement de l'article 12 est entièrement ordonnée autour de la notion de substance du droit au mariage. Si ce droit obéit aux lois nationales des Etats contractants pour ce qui concerne son exercice, « *les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même* »[1426]. Par exemple, le fait d'interdire temporairement le remariage d'une personne après son troisième divorce touche à la substance même du droit et se révèle non proportionné au but légitime poursuivi[1427]. De même, le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier[1428]. La Commission européenne des droits de l'Homme vérifiait également si l'ingérence portait atteinte à l'essence du droit, notion qui doit être rapprochée de la substance du droit. Saisie par un individu se plaignant de n'avoir pas pu se marier en prison ni d'avoir pu obtenir une liberté conditionnelle pour se marier, elle avait énoncé qu'il y avait « *atteinte à l'exercice du droit au mariage et que l'imposition d'un délai substantiel à l'exercice de ce droit devait être considéré en général comme une atteinte à l'essence de ce droit* »[1429]. Quelle est la substance du droit de se marier ? Où est la limite infranchissable permettant de considérer que l'atteinte portée est constitutive d'une violation contraire à l'ordre public européen ? Les décisions européennes ne fournissent aucune définition de la substance du droit de se marier. Pour comprendre cette position il convient de reprendre la controverse relative à la notion de substance et d'approfondir les appréciations retenues[1430].

[1426] Cour EDH, arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 50 ; *JDI* 1987, p. 796, obs. P. Rolland ; arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, req. n° 22985/93 et 23390/94, § 66 ; *RTDH* 1999, p. 637, obs. M. Levinet ; *JCP* 1999, I, 105, n° 42, obs. F. Sudre.

[1427] Cour EDH, arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, série A n° 128, § 40 ; *JDI* 1988, p. 892, obs. P. Tavernier.

[1428] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, §§ 101-104 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. Carillon ; *GACEDH* n° 42, comm. M. Levinet.

[1429] Comm. EDH, rapport du 13 décembre 1979, *Stanley Hamer c. Royaume-Uni*, req. n° 7114/75. Par une résolution du 2 avril 1981, les instances européennes ont décidé qu'aucun action ne s'imposait car une nouvelle législation avait été proposée par l'Etat britannique.

[1430] V. Partie I, Titre I, Chapitre II, *Supra*.

386. Deux conceptions du rôle de la notion de substance d'un droit dans la résolution d'un conflit s'opposent[1431] : soit la substance du droit est déterminée abstraitement et exclut tout examen de proportionnalité, soit elle est délimitée concrètement par la révélation d'une disproportion[1432]. La première solution est défendue en vue de préserver la sécurité juridique[1433], la seconde correspond à la vision relative du droit[1434]. Quelle que soit la conception retenue[1435], les auteurs s'accordent pour admettre que le concept de substance du droit n'offre aucun gain de protection au regard du principe de proportionnalité. Une ingérence qui porte atteinte à l'essence d'un droit ne pourra jamais être considérée comme proportionnée[1436]. Si le contrôle de l'atteinte à la substance est antérieur au contrôle de proportionnalité, « *l'intangibilité n'en serait de toute façon pas mieux assurée qu'elle ne l'est par ailleurs et* a posteriori *par le principe de proportionnalité* »[1437]. Dès lors, il est nécessaire d'essayer de comprendre pourquoi les juges européens exigent une protection de la substance du droit, pourquoi aucune définition n'est proposée pour chaque droit et par conséquent comment déterminer cette substance.

[1431] P. Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, trad. M. Hottelier, M. Mader, M. Rossinelli, Berne, éd. Staempfli & Cie SA, 1983, p. 159 et s. ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 476-668, pp. 349-482 ; P. Muzny, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. Sudre, PUAM, 2005, n° 381 et s.

[1432] Comp. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 267-270 : l'auteur considère que si l'atteinte est jugée disproportionnée, le contrôle de son caractère substantiel est superflu. En revanche, si l'atteinte est justifiée et proportionnée, une troisième étape de contrôle consiste à s'assurer que la restriction ne heurte pas la substance. L'examen de ce critère n'interviendra en premier lieu que si « *le vice saute aux yeux* ».

[1433] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 476 et s, spéc. n° 489.
[1434] P. Muzny, *La technique de la proportionnalité, op. cit.*, n° 381.

[1435] Il est également possible de les présenter comme une opposition entre une « vision idéologique d'un droit considéré comme subjectif » et une « vision réaliste d'un droit considéré comme relatif », P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit (la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour européenne des droits de l'Homme), *RDP* 2006, p. 977.

[1436] P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit… », *op. cit.*, p. 989 et s.

[1437] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit*., n° 497.

387. En premier lieu, il faut considérer que la substance du droit est ce qui fait son essence, sa raison d'être. Elle correspond au but même poursuivi par le droit, à la raison pour laquelle il est garanti. Si la substance est atteinte, le droit est anéanti. La notion est assimilable aux expressions « noyau intangible » ou « injustifiable en soi ». A l'idée de substance du droit répond celle d'effectivité du droit. Ainsi, l'article 3 du Protocole n° 1 permet aux Etats d'encadrer les droits de vote et d'éligibilité sous réserve « *que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur* substance *et de les priver de leur* effectivité »[1438]. Les deux notions sont liées en ce qu'une atteinte à la substance du droit prive celui-ci d'effectivité. La corrélation entre l'effectivité et l'ordre public européen ayant été relevée[1439], il faut en déduire une correspondance entre la préservation de la substance du droit et le respect de l'ordre public européen.

388. En deuxième lieu, le défaut de définition de la substance des droits européens peut s'expliquer. Si ce contenu était déterminé de manière générale, et donc préalablement à l'examen des circonstances du conflit, le juge perdrait toute latitude d'appréciation. Certains actes pourraient être censurés de façon irrévocable et fixeraient la jurisprudence de manière irréversible. Or, la prudence des juges les empêche de se lier de manière permanente[1440]. De même, aucune place ne serait accordée au débat juridictionnel car le raisonnement deviendrait binaire. C'est pourquoi l'intervention de la notion de substance dans la jurisprudence européenne n'est jamais exclusive d'un contrôle de proportionnalité[1441] ni d'une appréciation

---

[1438] Cour EDH, arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, série A n° 113, § 52, souligné par nous ; *GACEDH* n° 62, commentaire M. Levinet ; arrêt *Gitonas et autres c. Grèce* du 1er juillet 1997, req. n° 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95 et 27755/95, § 39 ; arrêt *Podkolzina c. Lettonie* du 9 avril 2002, req. n° 46726/99, § 33.

[1439] V. *supra*.

[1440] En ce sens, P. Muzny cite l'exemple du juge britannique qui, étant soumis à la doctrine rigide du *Stare Decisis*, réussit à rompre ses liens avec les engagements passés grâce au subterfuge du *distinguishment* ; « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit... », *op. cit.*, pp. 995-996.

[1441] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 668 : « Sur le fond, *semble en effet se dessiner un sanctuaire aux portes duquel la proportionnalité vient se heurter, un domaine d'irréductibles que nulle balance des intérêts ne pénétrera jamais.* En la forme cependant, *ce sanctuaire demeure largement caché, et son inviolabilité, susceptible d'être remise en cause, dès lors que sa garde est, sur un plan méthodologique, confiée précisément à son assaillant naturel : le principe de proportionnalité* ». L'auteur ajoute, avec regret, que « *dans le rôle paradoxal qu'il se voit ainsi appelé à assumer, le principe de proportionnalité assure son hégémonie : l'"empire" de la casuistique, précédemment mise en lumière, ne trouve pas dans la problématique de la "substance" et l'"injustifiable en soi", les bornes que l'on pouvait en attendre* » ; Comp. P. Muzny, références précitées.

des faits[1442]. D'ailleurs, si la Cour de Strasbourg impose le respect de la substance des droits dans l'ordre juridique interne, elle exige également du juge national que ses décisions soient prises après une mise en balance des intérêts. Il faut par conséquent considérer que la substance du droit n'apparaît qu'au terme d'une pesée des intérêts, d'un raisonnement dialectique. La prérogative intangible ainsi dégagée ne vaut alors que pour le cas d'espèce. Il est certain cependant qu'en certaines circonstances, parce que l'anéantissement du droit est patent[1443], la mise en rapport dialectique des intérêts sera abrégée[1444].

389. Enfin, et en dernier lieu, il est nécessaire de s'appuyer sur quelques exemples jurisprudentiels afin de déterminer à partir de quel moment la Cour européenne considère que l'atteinte est substantielle. Pour cela, le reliquat de liberté dont jouit le requérant est un élément à prendre en considération. Ce reliquat s'apprécie dans son champ d'application et dans le temps[1445]. Une loi qui supprime « *rigidement et perpétuellement* » toute liberté de publication va « *au-delà de ce que justifie le paragraphe 2 de l'article 10* »[1446]. La Commission avait ainsi estimé qu'une « *privation perpétuelle et complète de la liberté d'expression ne paraît guère conciliable avec les idéaux et les traditions des démocraties membres du Conseil de l'Europe* »[1447]. Si la restriction est limitée géographiquement, ou si les particuliers disposent d'autres moyens de communication, il faut en conclure qu'ils ne sont pas empêchés « *effectivement de communiquer leur point de vue à leurs concitoyens* ». On ne pourra pas considérer que la substance du droit à la liberté d'expression s'en trouve

---

[1442] Ainsi, le caractère absolu de l'article 3 ne joue qu'à l'égard de l'effet juridique de cette règle. La présupposition de la règle, ou la condition nécessaire à sa mise en œuvre, reste soumise à une appréciation circonstanciée afin d'établir si la violation alléguée est constitutive d'une torture ou d'un traitement inhumain ou dégradant ; P. Muzny, *op. cit.*, p. 1000-1001 ; F. Rigaux, « Logique et droits de l'Homme », *in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1197, spéc. 1211 ; V. également Cour EDH, arrêt *Siliadin c. France* du 26 juillet 2005, req. n° 73316/01.

[1443] J. Raynaud, *op. cit.*, n° 270.

[1444] P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit… », *op. cit.*, p. 994.

[1445] En ce sens également, J. Raynaud, op. cit., n° 273 et s. L'auteur estime que l'atteinte est objectivement substantielle lorsqu'elle implique un abandon irréversible d'un droit (par ex. une atteinte à l'intégrité physique) ou une suppression totale du droit.

[1446] Comm. EDH, rapport *De Becker c. Belgique* du 8 janvier 1960, req. n° 214/56, § 263.

[1447] *Ibid.*

anéantie[1448]. Ainsi, les individus peuvent s'exprimer et diffuser leur message, mais pas par n'importe quel moyen[1449]. De même, les conditions entourant une interdiction de porter un nom patronymique permettent de déterminer si l'atteinte à la vie privée est substantielle ou non[1450]. Monsieur Halimi, qui avait accepté que son ex-femme continue d'utiliser son nom après le divorce, s'était opposé à ce qu'elle soit autorisée à changer définitivement de nom patronymique. Le Conseil d'Etat donna raison à l'ex-époux. Après avoir relevé que la requérante n'était pas empêchée de faire usage du nom « Halimi » dans sa vie professionnelle et publique mais uniquement dans sa vie privée, la Cour fit part « *de sérieux doutes sur le fait que les désagréments dénoncés par la requérante puissent être considérés comme une atteinte substantielle à l'exercice de son droit au respect de sa vie privée* ». L'affaire n'a donc pas donné lieu à un constat de violation de l'article 8.

390. Pour savoir si la substance d'un droit est altérée, il faut donc rechercher si les titulaires de ces droits conservent la faculté de les exercer d'une manière ou d'une autre : un « *individu ne jouit pas de la liberté d'association si les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité* »[1451]. Est prise en compte la possibilité offerte à l'individu d'exercer son droit s'il le veut réellement. L'atteinte à la substance du droit peut également s'apprécier au regard de la durée de l'entrave. Ainsi, à propos d'une restriction faite aux hauts fonctionnaires britanniques de participer à certaines activités politiques, la Cour a énoncé, au regard de l'article 3 du premier Protocole, qu'on « *ne peut pas soutenir que les restrictions litigieuses portent atteinte à la substance même des droits garantis aux intéressés par ladite clause puisqu'elles ne s'appliquent qu'aussi longtemps qu'ils occupent des postes soumis à des restrictions sur le plan politique ; de surcroît, chacun des requérants, s'il est désireux de se faire élire dans une*

[1448] Cour EDH, arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003, req. n° 44306/98, §§ 47-48.

[1449] En effet, l'article 10, « *malgré l'importance reconnue à la liberté d'expression, ne donne pas la liberté de choisir un forum en vue d'exercer ce droit* », § 47.

[1450] Cour EDH, déc. *Gisèle Taieb dite Halimi c. France* du 2001, req. n° 50614/99.

[1451] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 114 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66, commentaire J.-P. Marguénaud ; arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, série A n° 44, § 56. *CDE* 1982, p. 226, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. Rolland.

assemblée, a la faculté de démissionner de son poste »[1452]. Cette analyse doit être rapprochée des contentieux privés du travail dont la Commission européenne des droits de l'Homme a été saisie. En 1996[1453] et en 1997[1454], la Commission s'était prononcée sur la conciliation des devoirs professionnels et de l'exercice de la liberté de religion. Dans chaque espèce, le requérant avait été licencié pour avoir refusé d'observer des horaires de travail l'empêchant de suivre scrupuleusement les préceptes de sa religion. La Commission avait considéré que le licenciement sanctionnait le non-respect des obligations contractuelles et non l'exercice de la liberté de religion. Elle observa également que les requérants n'avaient pas démontré qu'ils étaient contraints de changer leurs opinions religieuses ou empêchés de manifester leurs croyances. Il leur était enfin loisible d'abandonner leur poste, cet acte étant considéré par la Commission comme l'ultime garantie de la liberté de religion. Par conséquent, la liberté de religion n'était pas atteinte dans sa substance puisque les requérants conservaient une liberté d'action et de choix pour l'exercer[1455]. La limitation n'était ni totale ni permanente.

391. Enfin, l'arrêt *Wilson et autres*[1456], relatif aux entraves posées par les employeurs à la possibilité pour les employés d'adhérer à un syndicat, peut apporter un autre exemple. La Cour a considéré que, si la négociation collective est un moyen permettant aux syndicats de protéger les intérêts de leurs affiliés, « *elle n'est pas indispensable à une jouissance effective de la liberté syndicale* »[1457] et n'implique donc pas pour l'employeur une obligation d'engager des négociations collectives. A ce titre, il n'y a pas eu violation de l'article 11, puisque les syndicats requérants pouvaient faire valoir leurs intérêts par d'autres moyens, notamment le droit de grève. Là encore, l'effectivité du droit n'était pas atteinte puisque les requérants conservaient d'autres procédés pour défendre leurs intérêts. En revanche, il est de l'essence du droit des salariés d'utiliser leur syndicat pour les représenter

[1452] Cour EDH, arrêt *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998, req. n° 22954/93, § 75 ; *JCP* 1999, I, 105, n° 48, obs. F. Sudre.

[1453] Comm. EDH, déc. *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, req. n° 24949/94.

[1454] Comm. EDH, déc. *Louise Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, req. 29107/95.

[1455] Encore faut-il que la liberté de choix soit réelle, V. *supra*.

[1456] Cour EDH, arrêt *Wilson, National union of journalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

[1457] § 44.

dans leurs tentatives de réguler leurs relations avec leurs employeurs. Dès lors, si l'employeur peut utiliser des incitations financières pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, la liberté d'adhérer à un syndicat devient illusoire et il y a violation de l'article 11[1458]. Cet arrêt démontre la corrélation entre les notions d'essence du droit, d'effectivité du droit et de substance du droit. Les droits peuvent faire l'objet de restrictions mais pas au point de les réduire à néant. En l'espèce, l'employeur pouvait « *supprimer de manière effective* » la capacité pour un syndicat de lutter pour la protection des intérêts de ses membres[1459]. Si, en dépit d'une limitation d'un droit, d'autres moyens de l'exercer subsistent, la restriction ne sera pas constitutive d'une violation.

392. En conclusion, il apparaît que si l'ordre public européen exige une conciliation des droits et autorise les restrictions apportées aux garanties conventionnelles, l'anéantissement total d'un droit ne saurait être admis[1460]. La préservation de l'essence du droit résulte de la mise en balance des intérêts[1461], son anéantissement est révélé par la disproportion : c'est parce qu'elle est disproportionnée, qu'une restriction porte atteinte à la substance[1462]. Il n'y a pas de noyau intangible prédéterminé[1463]. Lorsque les juges constatent une atteinte à la substance, à l'avenir, la partie est encore « *jouable* » et donc « *susceptible d'être rejouée à l'aune d'autres buts légitimes* »[1464].

[1458] §§ 46-48.

[1459] § 48. La situation juridique interne « *dépouillait les syndicats de la possibilité effective de défendre les intérêts de leurs affiliés* » : Opinion concordante de M. le Juge Gaukur Jörundsson, jointe à l'arrêt.

[1460] En ce sens, la substance des droits jouit bien de la protection absolue de l'ordre public européen ; J. Raynaud, *op. cit.*, n° 127.

[1461] V. Partie I, Titre I, Chapitre 2, *supra*.

[1462] P. Muzny, *La technique de la proportionnalité, op. cit.*, n° 288.

[1463] P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit (la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour européenne des droits de l'Homme), *RDP* 2006, p. 977.

[1464] S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, n° 665. L'auteur relève néanmoins une éventuelle discordance entre « *d'une part, les motifs réels de la décision, connus du seul juge européen, — « "tel acte est injustifiable en soi, peu importe le but qu'on lui assigne" » —, et d'autre part, les motifs exprimés de cette décision, connaissables par le lecteur — « "nonobstant l'importance du but poursuivi in casu, tel acte est injustifié"* ».

393. L’effet horizontal enrichit l’ordre public européen et les rapports de droit privé sont soumis au respect de cet ordre public. Il favorise également une immixtion de l’ordre public européen dans l’ordre interne, laquelle peut se traduire par un renouvellement de l’ordre public national.

CHAPITRE II

LE RENOUVELLEMENT DE L'ORDRE PUBLIC INTERNE

394. Selon Phédon Vegleris[1465], « *le dessein des droits de l'Homme n'est point de troubler ni de tarir l'ordre juridique interne et ses forces vives* » mais de faire que cet ordre se développe toujours dans l'observation d'un certain nombre de principes qui composent une certaine conception de l'Etat. Pourtant, le droit conventionnel européen, en censurant ou en validant des lois ou des pratiques nationaux atteint inéluctablement les « *forces vives* » du droit français. L'ordre public européen irrigue les dispositions supranationales applicables aux relations interindividuelles et l'effet horizontal de la CEDH contribue à sa diffusion et à son respect généralisé. L'existence d'une étroite corrélation entre ces deux phénomènes européens implique une immixtion de l'ordre public européen en droit français par le biais de l'effet horizontal. Le droit français bénéficiant déjà de normes d'ordre public, il importe de délimiter et de comparer les caractéristiques de ces deux ordres publics. La Convention, renforcée par sa dimension d'ordre public, entre ainsi en contact avec le droit français et aboutit à une confrontation de l'ordre public supranational avec l'ordre public traditionnel[1466], dont le dénouement semble favorable au premier et contribue au renouvellement du second. Pour autant, cette évolution n'est ni automatique ni illimitée. Les règles de procédures civiles et le principe de séparation des pouvoirs encadrent, en principe, le renouvellement de l'ordre public.

395. Aussi convient-il d'établir les paramètres de ce renouvellement (Section I) avant d'en circonscrire le périmètre (Section II).

[1465] Préliminaires à la méthodologie des droits de l'Homme, in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber – III – Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pédone, 1969. Voy. *infra* sur les principes directeurs pouvant être dégagés de la Convention.

[1466] L'ordre public traditionnel ici désigné ne correspond pas à l'appellation d'ordre public traditionnel employée par les Professeurs J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux pour évoquer l'ordre public judiciaire (*Les Obligations*, tome 1, *L'acte juridique*, Armand Colin coll. U, 11ème éd., 2004, n° 289) ; En effet, en l'occurrence le terme ordre public traditionnel correspond à l'ordre public privé français dans son ensemble, avant une éventuelle diffusion de la CEDH.

SECTION I – LES PARAMÈTRES DU RENOUVELLEMENT

396. Il permet de limiter les activités, l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat. Il permet de protéger les libertés et de borner l'exercice des pouvoirs. Fondation de valeurs, il permet de garantir la paix sociale et de rechercher une harmonie sociale. Ainsi pourrait être présenté l'effet horizontal des droits de l'Homme. Pourtant, ces précisions visent à expliciter l'ordre public[1467]. Les similitudes entre les deux techniques sont évidentes. Elles contribuent au rapprochement de l'ordre public européen et l'ordre public interne. En adoptant les mêmes fonctions que l'ordre public national, l'effet horizontal permet à l'ordre public européen de s'infiltrer dans cet ordre public interne. Si leur fonctionnement est similaire, les valeurs que ces deux ordres publics véhiculent peuvent être contradictoires. Le conflit se résoudra alors, plus ou moins promptement, par l'effacement de l'une de ces valeurs au bénéfice de l'autre. En l'état actuel des rapports entre les deux ordres juridiques, les principes gouvernés par l'ordre public européen devraient primer ceux issus du droit interne. Ces derniers seront alors anéantis et l'ordre public européen prendra place. Il apparaît ainsi que l'ordre public européen s'infiltre dans l'ordre public interne (§ I) et se substitue à lui lorsqu'une incompatibilité se révèle (§ II).

§ I – L'INFILTRATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNE PAR L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN

397. Afin de comprendre comment l'ordre public européen infiltre l'ordre public interne par le vecteur de l'effet horizontal, il convient de délimiter la notion d'ordre public. Si l'on examine l'intérêt et la fonction de l'ordre public, il apparaît que la Convention européenne, en considération de sa diffusion dans les relations privées, jouit des mêmes caractéristiques que l'ordre public interne (A). Par ailleurs, l'ordre public interne faisant l'objet de classifications, il est nécessaire de rechercher si l'ordre public européen répond à celles-ci (B).

[1467] Elles sont extraites de la thèse de M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, préf. J.-P. Dubois, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001.

A/ LA FONCTION DE L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNE

398. La notion d'ordre public est difficilement circonscrite ; « *qu'on la considère dans les pays de droit romano-germanique ou dans les pays de Common law, (elle) échappe (…) à la logique et à la rigueur du droit* »[1468]. Même restreint au domaine du droit privé français, définir l'ordre public français est une aventure périlleuse. Malgré l'ensemble des périphrases ou métaphores employées, l'entreprise est non seulement vouée à l'échec mais inutile. En ce sens, « *l'ordre public est le type même de la notion fonctionnelle (…) le problème de la définition de l'ordre public est un faux problème (…). L'incertitude et la souplesse sont au centre de la notion d'ordre public, et le juriste peut seulement en reculer les limites sans jamais les effacer* »[1469]. La notion d'ordre public « *ne se laisse enfermer ni dans une définition, ni dans un catalogue* »[1470]. Pourtant, selon certains auteurs, le contenu est variable mais le contenant est unique[1471]. D'autres encore considèrent qu'il ne s'agit pas d'une notion indéfinissable[1472]. Le Code civil n'est d'aucun secours car s'il se réfère à l'ordre public[1473] il ne le définit pas. Il est cependant possible de recenser ce que l'on sait de cette notion et de confronter les enseignements recueillis avec le mécanisme de l'effet horizontal des droits de l'Homme.

[1468] W.J. Ganshof Van Der Meersh, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international,* Actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 155, spéc. p. 156.

[1469] P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 15, 1959, n° 151, p. 177.

[1470] J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations,* 22ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 69.

[1471] E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux,* Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17, spéc., p. 20.

[1472] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, n° 291.

[1473] Articles 6, 686 et 1133 cc.

399. Une règle d'ordre public vise à protéger des intérêts supérieurs[1474]. Ces intérêts peuvent être de nature publique ou privée[1475], dès lors qu'ils procèdent « *d'une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale* »[1476]. L'ordre public permet de concilier et de hiérarchiser les intérêts. En faisant primer un intérêt sur un autre, et en vertu de sa puissance contraignante[1477], l'ordre public est également un mécanisme d'éviction. La CEDH, telle qu'elle est appliquée par le juge judiciaire dans les relations privées, semble emprunter les caractéristiques de l'ordre public.

400. L'ordre public est un standard juridique[1478], c'est-à-dire « *une de ces règles qui sont seulement destinées à indiquer le pouvoir du juge* »[1479]. C'est le juge qui donne sa vigueur à l'ordre public en appréciant le contenu de la règle applicable lors de sa mise en œuvre[1480]. Par l'intermédiaire du standard, en l'occurrence l'ordre public, il va évaluer un certain nombre d'actes ou de faits juridiques de façon concrète[1481] et « *porter un jugement de valeur sur la convention qui lui est soumise en considération de cette idée générale* »[1482]. Il appartient au juge d'actualiser en la précisant la notion d'ordre public[1483]. Il doit combler les

---

[1474] « *L'idée générale – et vague- est celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu* » : J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 26ème éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 1999, n° 126. Selon J. Hauser et J.-J. Lemouland, « *la référence à l'intérêt social plutôt que général devrait permettre une plus grande souplesse conceptuelle et éviterait de se prononcer sur la question éternelle de l'intérêt général par rapport aux intérêts privés* », *Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil*, V° Ordre public et bonnes mœurs, Mars 2004, n° 1.

[1475] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome II, 2ème éd., LGDJ, 1919, n° 175 ; J. Hauser et J.-J. Lemouland, *loc. cit.*

[1476] G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd., Paris, Montchrétien, Domat droit privé, 2005, n° 341.

[1477] F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2003, n° 426.

[1478] A.A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », *in Etudes Geny*, Sirey, 1934, Tome II, p. 144-156.

[1479] J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in* Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.

[1480] P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. revue et augmentée, Sirey, 1951, Réimpression Dalloz, 2005, préf. D. Deroussin, p. 113.

[1481] M. Mekki, *op. cit.*, n° 317.

[1482] J. Ghestin, *loc. cit.*

[1483] G. Cornu, *op. cit.*, n° 177.

lacunes intentionnelles de la loi et déterminer le contenu de la règle. En ce sens, « *le législateur escompte non seulement l'adaptation de la règle à la diversité des cas particuliers, mais, d'une époque à l'autre, son adaptation aux besoins nouveaux* »[1484]. Un rapprochement avec le système conventionnel doit être établi. En sanctionnant l'intransigeance de la règle nationale et en recommandant aux juges nationaux d'appliquer les principes européens au regard des circonstances de la cause, le juge européen souhaite l'adaptation de la règle « *à la diversité des cas particuliers* » et aux « *besoins nouveaux* ». La Cour européenne requiert du juge interne une méthode d'interprétation qui est similaire à celle escomptée par le législateur en matière d'ordre public. Les principes conventionnels empruntent alors les caractéristiques de l'ordre public interne lorsqu'ils sont mis en œuvre par le juge judiciaire.

401. Par ailleurs, la notion d'ordre public « *a toujours pour mission de résoudre un conflit entre deux sortes d'intérêts* »[1485] au regard de valeurs jugées essentielles, à un moment donné, dans une société donnée[1486]. L'ordre public impose au juge une pesée des intérêts[1487] afin de résoudre le conflit dont il est saisi[1488]. C'est par la balance des intérêts qu'il effectue que le juge détermine les contours de l'ordre public[1489]. Celui-ci est alors une technique juridique en ce qu'il permet « *la construction juridique* »[1490]. En réalisant la conciliation requise, le juge favorise une hiérarchisation des intérêts adaptée aux circonstances de l'espèce. L'ordre public est donc tributaire de conditions tenant « *à la matière, à l'espace et au temps* »[1491] : il dépend de la nature des situations considérées, n'est pas toujours insensible

---

1484 G. Cornu, *op. cit.*, n° 178.

1485 F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 372.

1486 M. Mekki, *op. cit.*, n° 311.

1487 Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Préf. P. Eismein, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953, n° 171, p. 122.

1488 M. Mekki, *op. cit.*, n° 320.

1489 B. Mercadal, « De l'exception d'ordre public », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 241-247, spéc. p. 242.

1490 F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome III, *Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n° 183.

1491 F. Terré, « Rapport introductif », *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 3-12, spéc. p. 4.

aux circonstances locales et subit l'influence de l'évolution des esprits et des comportements[1492]. La promotion de certains intérêts, privés ou publics, est effectuée en fonction des valeurs sociales qu'ils véhiculent[1493]. En raison même de son caractère évolutif, le contenu de l'ordre public est difficilement saisissable, il doit s'adapter aux circonstances[1494]. Ainsi présenté, l'ordre public rappelle la technique de juste équilibre permettant de garantir le respect de la CEDH dans les relations privées. A l'instar des caractéristiques attachées à la notion d'ordre public, la mise en œuvre de la CEDH est un mécanisme de pesée des intérêts. En conciliant et en hiérarchisant les intérêts, le juge délimite les contours des principes européens dans les relations privées. Par exemple, l'application de l'article 8 de la Convention permet au juge de concilier le droit au respect du domicile du salarié avec les intérêts de l'entreprise qui l'emploie. Il en résulte un principe de respect des droits du salarié, lequel supporte des exceptions en présence d'un intérêt impérieux pour l'entreprise[1495].

402. L'ordre public est encore un mécanisme d'éviction. Il permet d'écarter des clauses contractuelles, des lois ou un droit au profit de valeurs jugées essentielles. Par l'intermédiaire du juge, l'ordre public est un mécanisme perturbateur[1496] : au nom de l'ordre public, le juge va évincer la règle normalement applicable qui lui porte atteinte[1497]. Là encore un parallèle entre l'ordre public interne et la mise en œuvre des principes conventionnels peut être effectué puisque la Convention est indéniablement un mécanisme d'éviction. Lorsque le juge tranche un conflit entre la liberté d'expression et le respect de la vie privée, il pourra

[1492] F. Terré, *loc. cit*.

[1493] M. Mekki, *op. cit.*, n° 311.

[1494] M. Mekki, *op. cit.*, n° 318.

[1495]Cass. soc., 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac* ; *D.* 1999, p. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. Mestre ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray ; *RJPF* mai 1999, n° 3, p. 8, note E. Garaud ; *Travail et protection sociale* 1999, chron. 6, Ch. Pettiti, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection du domicile du salarié ; *RJS* 1999, p. 94, chron. J. Richard de la Tour ; *Cah. Soc. barreau Paris*, n° 110, A. 25, p. 159, R. Wintgen.

[1496] Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 103, spéc. p. 109.

[1497] Ph. Malaurie, *loc. cit.*

évincer le droit garanti par l'article 10 au profit de celui protégé par l'article 8[1498]. De même, une clause contractuelle peut être écartée au profit du droit au respect de la vie privée et familiale[1499]. Enfin, le juge peut écarter une loi[1500] en contradiction avec un arrêt de la Cour européenne[1501].

403. Enfin, au-delà des incertitudes relevées, il est admis que l'ordre public européen ne se confond pas avec l'ordre public interne et ne correspond pas non plus à la somme des ordres publics de chaque Etat contractant ; il ne s'agit pas d'un dénominateur commun mais d'un idéal commun à atteindre, tel que le prescrit le Préambule de la Convention de Rome. La Convention européenne des droits de l'Homme constitue un ensemble de principes relevant de l'ordre public et qui renvoie à « *l'idée de valeurs communes comprises comme irréductibles* »[1502]. La délimitation de l'ordre public européen étant ainsi tracée, quid de l'ordre public national ? Si « *les sources de l'ordre public sont d'ordre supra-juridiques, précisément parce qu'il est nécessaire que l'ordre public domine les autres règles du droit* »[1503], n'y a-t-il pas une convergence de fondements entre les deux ordres publics voire une convergence d'intérêts ? Une règle relevant de l'ordre public est

---

1498 Cass. civ. 1ère, 23 avril 2003, *SA Cogedipresse c. Mme Grimaldi* ; *JCP G*, II, 10085, note J. Ravanas, *D.* 2003, somm. p. 1539, obs. A. Lepage ; *D.* 2003, p. 1854, note Ch. Bigot.

1499 Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1996, *Mel Yedei* ; *RTD civ.* 1996, p.581, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1996, p. 1025, obs. J.-P. Marguénaud,; *JCP* 1996, I, 3958, Chron. Ch. Jamin ; *JCP* 1997, II, 22764, note Nguyen Van Tuong ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy. V. également, Cass. civ. 3ème, 22 mars 2006, *SMHLM*, pourvoi n° 04-19.319 ; *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, p. 18, note E. Garaud.

1500 Cass. civ. 1ère, 24 janvier 2006, 3 arrêts, pourvois n° 02-12.260, 01-16.684, 01-17.042 et 02-13.775 ; Cass. civ. CE, 5ème et 4ème ss-sect., 24 février 2006, n° 250704 ; *JCP* 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; *RCA* 2006, comm. 94, obs. Ch. Radé ; *Dr. Famille* 2006, comm. 105, obs. B. Beignier et concl. J. Sainte Rose ; *Contrats, conc. Consom.* 2006, comm. 76, obs. L. Leveneur ; *LPA* 2006, n° 65, p. 13, note S. Prigent ; *GP* 10 juin 2006, n° 161, p. 32, note M. Bacache ; *JCP* S 2006, 1502, note P. Morvan ; *RTD civ.* 2006, p. 263, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 885, chron. A. Marais ; *AJDA* 2006, p. 1272, note S. Hennette-Vauchez.

1501 Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 11810/03 ; arrêt *Draon c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 1513/03 ; *RTD civ.* 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud.

1502 F. Sudre, préc. Nous avions constaté précédemment que l'ensemble des principes proclamés par la Convention relèvent de l'ordre public européen ; V. Partie I, Titre I, Chapitre II, *supra*.

1503 Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Ed. Matot-Braine, Reims, 1953, n° 95, p. 68.

caractérisée par sa finalité sociale, la protection des intérêts essentiels de la Société[1504]. En ce sens, des auteurs ont constaté que « *l'internationalisation de la société, l'européanisation de notre droit ont entraîné un profond renouvellement sinon de la notion d'ordre public, laquelle a toujours pour mission de résoudre un conflit entre deux sortes d'intérêts, du moins de ses manifestations* »[1505]. D'autres ont observé un déclin et un renouvellement de l'ordre public de direction. Un déclin, parce que l'Etat prend moins de dispositions impératives à portée générale. Un renouvellement, car l'Etat joue, à travers l'ordre public, un nouveau rôle de promotion et de protection des libertés[1506]. L'ordre public européen s'immisce donc dans l'ordre public interne, mais comment s'intègre-t-il dans les classifications traditionnelles de l'ordre public national ?

B/ L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN FACE AUX CLASSIFICATIONS DE L'ORDRE PUBLIC INTERNE

404. En droit français, une distinction est traditionnellement effectuée entre l'ordre public textuel, le législateur ayant expressément prévu le caractère impératif d'une norme, et l'ordre public virtuel, le juge judiciaire ayant la compétence pour déterminer si telle ou telle disposition revêt une importance particulière pour le bon ordre social. Il s'agit là des deux sources majeures de l'ordre public. Or, il convient de s'interroger sur le point de savoir si la CEDH peut s'insérer dans ces sources. La doctrine paraît l'envisager[1507], et admet qu'elle ne peut « *guère à notre époque traiter de l'ordre public sans tenir compte d'une relation avec les*

[1504] En ce sens, Gény considérait que le juge doit satisfaire au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale : F. Geny, *Méthodes d'interprétation, op. cit*., n° 156. « *Quant à savoir ce que requièrent la justice et l'utilité, on ne peut le dégager, que d'une auscultation attentive du sentiment moral, qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes, et d'un examen des conditions sociales et économiques, permettant d'évaluer les intérêts en présence, d'après l'état de notre civilisation contemporaine* » : F. Gény, *op. cit*., n° 174, p. 176.

[1505] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., n° 371.

[1506] J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », *in* Th. Revet (sous la coordination de), L'ordre public à la fin du XX[ème] siècle, Dalloz, 1996, p. 107 et s., spéc. p. 109.

[1507] Le Doyen Carbonnier assimilant l'ordre public à un rocher, constatait l'émergence de deux autres rochers, succédanés du premier : l'éthique et la Constitution dans sa partie déclarations historiques et principes fondamentaux ; « Exorde » *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle,* p. 1. La référence aux droits de l'Homme est évidente.

droits de l'Homme »[1508]. La CEDH constitue effectivement une source de notre ordre public en tant qu'elle proclame « *des droits élémentaires qui prennent forcément appui sur des règles dont le caractère d'ordre public n'est pas contesté* »[1509]. Il importe alors de rechercher si l'ordre public européen, intégré au droit interne, suit un régime particulier. La réponse à cette interrogation permettra de déterminer les moyens de mise en œuvre, de respect et de sanction des règles européennes dans les relations interindividuelles.

405. La doctrine française distingue traditionnellement l'ordre public politique et l'ordre public économique[1510]. L'objet du premier est de « *défendre des valeurs extra-pécuniaires, des principes de civilisation* »[1511]. Ainsi en est-il des règles relatives à l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire de l'Etat, des lois concernant la famille ou l'individu[1512]. Quant au second, il réglemente les échanges de richesses et de services « *directement et pour eux-mêmes* »[1513]. Il est alors tantôt de direction, lorsque les mesures adoptées visent à diriger l'économie nationale, telles les dispositions d'ordre monétaire interdisant les clauses d'indexation sur l'or ou les contrats conclus au mépris de la réglementation des changes[1514], tantôt de protection, lorsque la législation tend à protéger le

[1508] F. Terré, "Rapport introductif", *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 3-12, spéc. p. 6 ; R. de Gouttes, « La Convention européenne des droits de l'Homme et la justice française en 1992 », *Gaz. Pal.* 1992, 1, Doct. 181.

[1509] J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil*, V° Ordre public et bonnes mœurs, n° 11, p. 23. Ces auteurs classent également, parmi les sources internationales de l'ordre public, « *les pactes internationaux des droits de l'Homme tant pour les droits économiques, sociaux et culturels que pour les droits civils et politiques auxquels la France a adhéré le 4 novembre 1981 ou (…) la Convention internationale sur les droits de l'enfant* ». *Ibidem*.

[1510] J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 4, Les Obligations*, 22ème éd., PUF, coll. Thémis, Paris, 2000, n° 70 et s., p. 146 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les Obligations, L'acte juridique*, 11ème éd., Armand Colin, coll. U, n° 290 et s. ; L'ordre public politique est également désigné sous l'appellation ordre public classique : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Précis Dalloz, 2005, n° 351 et s..

[1511] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 304.

[1512] J. Carbonnier, *op. cit.* ; Est inclus dans cet ordre public la défense de la morale : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 295 et s. ; ou encore la réglementation de l'exercice de certaines professions : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 356.

[1513] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 304.

[1514] J. Carbonnier, *op. cit.* ; l'ordre public de direction, outre sa dimension économique, comporterait également un volet culturel, V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 358.

contractant en situation de faiblesse, à l'exemple du salarié dans le contrat de travail ou du consommateur face au professionnel[1515]. La division de l'ordre public est effectuée selon l'intérêt protégé, dans la première occurrence il s'agit de l'intérêt général, dans la seconde, l'ordre public intervient en faveur d'intérêts particuliers. Cette répartition schématique souffre cependant de frontières imprécises en raison d'une réciprocité des garanties, la protection d'une catégorie d'individus contribuant à la protection de l'intérêt général et inversement. Ainsi, « *en protégeant les salariés, la loi favorise la paix sociale, donc la production ; en instituant un contrôle des prix, elle combat l'inflation, mais protège aussi le consommateur* » [1516]. Des conséquences sont pourtant déduites des classifications présentées. « *L'analyse de l'ordre public de protection comporte au moins deux prolongements souvent décrits : l'un concerne la sanction des règles qui s'y rattachent - il devrait s'agir d'une nullité relative - ; l'autre intéresse le régime des droits qui résultent de ces règles - il devrait être, à certaines conditions du moins, possible d'y renoncer* »[1517].

406. L'acte juridique contraire à l'ordre public encourt la nullité mais, selon la finalité de la règle enfreinte, les conditions de mise en œuvre de cette sanction varient : la nullité absolue intervient lorsque l'intérêt général est protégé, donc lorsqu'il y a atteinte à l'ordre public politique ou à l'ordre public économique de direction. La nullité relative sanctionne la violation d'une règle protectrice des intérêts particuliers. Dans le premier cas, toute personne peut revendiquer la nullité, dans le second, elle ne peut être invoquée que par les personnes auxquelles la loi reconnaît cette faculté. La dichotomie du régime de nullité étant alignée sur la classification doctrinale de l'ordre public, une même imprécision l'affecte[1518]. C'est pourquoi, un assouplissement des règles de mise en œuvre de la nullité est observé par la jurisprudence interne, tendant, tantôt à étendre la possibilité d'invoquer la nullité relative, tantôt à restreindre celle d'invoquer la nullité absolue[1519]. En outre, la

---

[1515] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 71, p. 147 et s.

[1516] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 77, p. 155. « *La raison de cette ambiguïté est simple : derrière toute règle de protection existe un intérêt social* », F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 360.

[1517] G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve », *in : Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979, pp. 95-115, spéc. p. 98.

[1518] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 77, p. 155.

[1519] J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Répertoire Dalloz*, V° Ordre public et bonnes mœurs, n° 147.

distinction proposée se répercute sur l'office du juge, garant de l'ordre public. Le ministère public « *agit d'office dans les cas spécifiés par la loi* »[1520] et, « *en dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* »[1521].

407. L'ordre public européen trouve-t-il un écho dans les distinctions élaborées en droit français et les sanctions corrélatives ? La difficulté à isoler les intérêts particuliers de l'intérêt général trace les limites du critère élaboré entre les différentes nuances de l'ordre public interne et ferme ainsi le champ de la classification. Or, l'ordre public européen se heurte à ce même obstacle de classification. Il emprunte certes les caractères de l'ordre public politique, en ce qu'il apporte la consécration et la préservation de valeurs primordiales qui intéressent l'intérêt général. Certaines de ses dispositions se rapprochent également de l'ordre public politique français : à l'interdiction des atteintes à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine, posée par les articles 16 à 16-9 du Code civil, répond la prohibition européenne de la torture, des peines ou traitements inhumains et dégradants[1522]. Néanmoins, la Cour admet les renonciations et reconnaît le droit de disposer de son corps[1523] et se rapproche en cela de l'ordre public de protection[1524]. C'est pourquoi, il faut considérer que les droits de l'Homme relèvent tout à la fois des deux catégories[1525].

408. Il paraît donc essentiel, plutôt que de vouloir enfermer l'ordre public européen dans une classification par ailleurs incertaine, de suivre les prescriptions européennes et, dans leur silence, de soumettre le régime de l'ordre public européen aux principes interprétatifs

[1520] Article 422 NCPC.

[1521] Article 423 NCPC.

[1522] Article 3 CEDH.

[1523] Cour EDH, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99 ; *JCP* 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2005, chron. 2973, M. Fabre-Magnan.

[1524] « *Il est d'abord possible de montrer que les droits acquis auxquels il est ainsi loisible de renoncer, sont ceux résultant des règles qui constituent l'ordre public de protection. On ne saurait comprendre que des particuliers puissent renoncer à l'application de règles se rattachant à l'ordre public traditionnel ou même à l'ordre public de direction* », G. Couturier, *op. cit.*, p. 105.

[1525] En ce sens, à propos des droits fondamentaux, V. E. Garaud, « La violation d'un droit fondamental », *in* B. Fagès (dir.), *Lamy Droit du contrat*, mars 2006, Etude 245, spéc. n° 245-19.

strasbourgeois dont l'essence est résumée par l'objectif d'effectivité. En outre, la distinction française semble principalement offrir une explication *a posteriori* aux « *solutions qu'elle ne permet pas toujours de prévoir* »[1526]. La doctrine s'interroge sur l'intérêt de la répartition de l'ordre public selon le régime de nullité auquel il aboutit, régime qui tend par ailleurs à se fondre dans une logique casuistique inévitable[1527], logique d'ailleurs exigée par la Cour européenne. C'est pourquoi, il faut considérer que l'ordre public européen endosse un rôle de régulation des conflits de normes, procuré par la supériorité des normes européennes sur les règles nationales[1528]. Les obligations positives, l'effet horizontal, l'effectivité exigée par les instances européennes, l'effet direct et la suprématie[1529] de la Convention en attestent, la menace d'une condamnation strasbourgeoise et l'effet horizontal y participent. Il conviendra cependant de déterminer dans quelle mesure le juge peut protéger l'ordre public européen et « *évincer la règle normalement applicable qui lui porte atteinte* »[1530].

409. La délimitation de l'ordre public européen au regard de l'ordre public interne étant établie et leurs communes valeurs relevées, il convient à présent d'examiner leurs dissemblances et les conséquences qui en résultent.

[1526] J. Ghestin, *Traité de droit civil* ; t. 2, *Les obligations*, 1er vol., *Le contrat (formation)*, 3ème éd., LGDJ, 1993, n° 749.

[1527] J. Hauser et J.-J. Lemouland, *op. cit.*, n° 141, p. 18.

[1528] Il se rapprocherait sur ce point de l'ordre public existant en matière de droit du travail ; En effet, celui-ci « *est appelé à intervenir moins comme une technique d'éradication de la disposition contraire, comme en droit civil, que comme une principe de solution aux conflits des normes en accordant la préférence à la disposition la plus favorable au salarié* ». Ainsi, « *il existe, sans doute, un principe d'interprétation selon lequel, en général, les règles du droit du travail sont des normes-plancher auxquelles il est permis des déroger dans un sens favorable au salarié, mais il existe aussi des règles qui, exceptionnellement, n'autorisent aucune dérogation quel qu'en soit le sens* ». G. Couturier, *op. cit.*, pp. 105-106.

[1529] Les règles internationales, « *dont toutes ne sont pas évidemment d'ordre public puisqu'on trouve de nombreuses simples recommandations, constituent une sorte de cadre dans lequel la loi interne doit s'insérer et les juridictions françaises acceptent de contrôler la compatibilité entre elles et les lois internes* », *Ibidem*.

[1530] Ph. Malaurie, « Rapport de synthèse », *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 105-111, spéc. p. 109.

§ II – LA SUBSTITUTION DE L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN A L'ORDRE PUBLIC INTERNE

410. Il est évident que l'ordre public européen, rayonnant sur la Convention et l'interprétation qui en est dégagée, ne peut pas ne pas rencontrer l'ordre public national. Celui-ci conserve-t-il ses qualités devant le juge de Strasbourg ? Lors de la mise en œuvre de l'effet horizontal, le juge national doit-il privilégier l'ordre public européen ou l'ordre public interne, dans l'éventualité où ils seraient contradictoires ? Le rapport de force engagé se conclut-il au détriment de la norme européenne ou française ? Si les dispositions nationales doivent s'incliner, que devient l'ordre public qui les irrigue ? Quid de l'aire juridique laissée vacante par la disposition inhibée ?

411. Trois situations sont à envisager. Une première, probablement la plus fréquente, aboutit à un constat de concordance entre les deux normes. Aucun problème n'émergera puisque le juge national appliquera les dispositions internes et le juge supranational n'aura pas à connaître de l'affaire ou, dans l'éventualité d'un recours, ne constatera aucun manquement à la norme européenne. L'ordre public national se trouve dès lors affermi par la garantie conventionnelle. Une deuxième situation, intermédiaire, résultera d'un recours supranational aboutissant à l'examen de la règle française à l'aune du droit européen. Si les normes nationales s'opposent aux droits et libertés consacrés par la Convention mais qu'aucun constat de violation n'est effectué, ce sera alors en raison de la marge d'appréciation accordée à l'Etat. Toutefois, si une telle latitude est accordée, la justification présentée sera inéluctablement en concordance avec les principes européens. Dès lors, le droit national sera toujours, peu ou prou, conforme au droit européen. De même et selon des critères identiques, le juge national doit rechercher si l'ordre public national est conforme aux prescriptions conventionnelles. Enfin, une ultime situation voit les deux normes manifestement divergentes. Alors, les difficultés émergeront puisqu'une contradiction apparaîtra entre les dispositions internes relevant de l'ordre public et la Convention de 1950. De ce rapport de force entre deux éléments vigoureux, l'ordre public européen sortira vainqueur très rapidement si le juge interne remplit son office en prenant en considération les règles conventionnelles, et un peu moins promptement si l'intervention des instances européennes est sollicitée. Mais, à plus ou moins long terme, bon gré, mal gré, l'ordre public conventionnel sera victorieux. L'ordre public traditionnel analysé, à l'issue d'une procédure nationale ou d'un recours supranational, sera donc soit renforcé, soit légitimé, soit neutralisé.

412. Cette dernière éventualité se traduira par une altération de l'ordre public traditionnel puisque ses deux sources majeures, la loi et la jurisprudence, vont théoriquement être, l'une annihilée, l'autre infirmée ou influencée. L'érosion ainsi amorcée va donc entraîner une transformation et l'espace laissé vacant par la règle jugée non conventionnelle sera en théorie immédiatement comblé par les principes européens, mais pratiquement obturé lorsqu'une réforme législative aura abouti ou lorsque les juges français feront primer les droits et libertés de la Convention.

413. Un exemple de l'érosion de l'ordre public traditionnel au contact de l'ordre public européen peut être apporté avec l'arrêt rendu par la Cour européenne le 1er février 2000, dans l'affaire *Mazurek*[1531]. Souvenons-nous que le juge national, en faisant une application rigoureuse du droit français, avait refusé d'écarter les dispositions de l'article 760 (en vigueur à l'époque) du Code civil aux termes duquel l'enfant adultérin « *ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes* ». La Cour de cassation écarta les prétentions du requérant en affirmant que « *la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la CEDH, et garanti sans distinction par l'article 14 de cette Convention* »[1532]. L'arrêt européen, dont la solution avait été justement augurée, retiendra notre attention en raison de la valeur de la norme stigmatisée mais également en considération de la configuration du conflit. En effet, à Strasbourg, le requérant était opposé à l'Etat, mais devant les juridictions internes le contentieux avait les caractères d'un conflit interindividuel[1533]. Le requérant, enfant adultérin, avait été assigné par le premier fils de sa mère, enfant naturel légitimé, à propos de la répartition de la succession. Le contentieux était donc horizontal en ce qu'il opposait deux personnes privées, l'une arguant du droit interne, l'autre du droit européen. Les juges internes ont résolu ce conflit en privilégiant le droit national, ce qui motiva la saisine des instances européennes.

[1531] A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *JCP* 2000, II, 10286 ; J. Thierry, *D* 2000, Juris. 334 ; J. Casey, *R.J.P.F.* 2000 p. 24. ; J.-P. Marguénaud, *R.T.D. civ.* 2000, pp. 429-432.

[1532] Cass. Civ. 1ère 25 juin 1996 ; *RTD civ.* 1996, obs. J. Hauser ; *JCP* 1997, II, 22834, note Ph. Malaurie ; *Dr. famille*, décembre 1996, p. 17, note B. Beignier ; *Defrénois* 1997, art. 36516, p. 310, obs. J. Massip, *JCP* 1997, I, 4021, n° 1, obs. R. Le Guidec.

[1533] Sur la délimitation des conflits horizontaux, V. Introduction.

414. Les magistrats français avaient privilégié la norme interne en raison de son caractère d'ordre public. En effet, le Tribunal de grande instance de Nîmes, le 21 janvier 1993, puis la Cour d'appel de la même ville, le 24 mars 1994, avaient affirmé que l'article 760 était un principe d'ordre public de notre droit[1534]. Voici donc une démonstration concrète du conflit entre l'ordre public national et son pendant européen, arbitré par la juridiction strasbourgeoise. Une première observation nous amène à constater que le premier est neutralisé par le second. Une seconde remarque est nécessaire sur la résistance de l'ordre public français lorsqu'il est examiné par les juges européens ; il apparaît que la règle jaugée perd cette qualité lorsqu'elle se déplace à Strasbourg. En effet, peu importe le caractère impératif ou supplétif de la norme, seuls son contenu et son effet sont pris en considération. Si le juge interne devait être saisi d'un contentieux horizontal fondé sur une norme française d'ordre public, en contradiction avec le droit européen, il semble qu'il ne doive pas tenir compte de la qualité particulière attachée à la règle interne. Au Palais des droits de l'Homme, l'ordre public français est donc réduit à peau de chagrin lorsqu'il heurte une disposition européenne sans être objectivement et raisonnablement justifié. Neutralisé, érodé, mais surtout transformé puisque au principe traditionnel de discrimination est substitué celui, directement issu de la Convention, de non-discrimination. La loi du 3 décembre 2001[1535] a en ce sens supprimé les dispositions litigieuses[1536]. Ainsi, en cette matière, prend place un nouvel ordre public, imprégné du principe d'égalité.

415. L'ordre public traditionnel paraît donc peu vaillant face à la CEDH. La norme litigieuse est en effet étudiée sans aucune considération de son autorité en droit interne. Si elle est épargnée par les foudres strasbourgeoises c'est que, finalement, elle ne heurte les droits et libertés de la Convention que modérément. Sinon, elle est écartée. Quelle que soit la situation, les dispositions européennes sont toujours favorisées. La résolution d'un conflit horizontal direct doit obéir aux mêmes considérations, au risque d'entraîner la condamnation de l'Etat français. Selon le professeur Couturier, l'une des analyses de l'ordre public interne « *des plus*

[1534] Cour EDH, *Mazurek*, préc., § 11 et 14.

[1535] Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral ; JO 4 décembre 2001, p. 19279 ; *RTD civ.* 2002, chron. F. Bellivier et J. Rochfeld.

[1536] V. également Cour EDH, arrêt *Merger et Cros* du 22 décembre 2004, req. n° 68864/01 ; *JCP* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud.

éclairantes fait apparaître (celui-ci) comme principe de solution d'un conflit de normes »[1537]. Ainsi, une règle est d'ordre public lorsque « *ses dispositions doivent nécessairement prévaloir sur les dispositions contraires résultant d'une autre source* »[1538]. La transposition de ces remarques au conflit de normes européennes et françaises, précédemment examiné, corrobore le caractère d'ordre public des dispositions conventionnelles et leur suprématie sur le droit interne. L'ordre public français est donc ébranlé mais se régénère au contact de la CEDH, qui ainsi propage de nouvelles règles d'ordre public. L'effet érosif de celui-là entraînant une modification de celui-ci, sans pour autant qu'il faille négliger son aspect constructif.

416. Jamais, la Cour n'a explicitement fait du respect de l'ordre public européen un impératif. Ses décisions suffisent à attester qu'il est nécessaire de se soumettre à sa jurisprudence. Le juge judiciaire étant le garant du respect de cet ordre public européen, il convient de rechercher comment il peut en assurer la défense et quelles sont les limites de du renouvellement de l'ordre public interne au contact de l'ordre public européen.

[1537] G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979, pp. 95-115, spéc. p. 113.

[1538] *Ibidem* ; En ce sens également, Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, *op. cit.*, n° 241, p. 168 : « *l'ordre public a une fonction semblable aux règles de conflit de lois : tous deux définissent le champ d'application des lois* » ; « *l'ordre public suppose un conflit, au sein d'un Etat, entre deux sources de règles juridiques : la source principale, celle d'où dérive les règles protégeant les intérêts généraux de la communauté nationale et une source secondaire se reliant à des intérêts différents* », F. Terré et Y. Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, 9ème éd., Précis dalloz, 2005, n° 240.

SECTION II – LE PÉRIMÈTRE DU RENOUVELLEMENT

417. La prééminence de l'ordre public européen, et, corrélativement, la mise à l'écart de l'ordre public français, proviendra essentiellement du garant de l'ordre public interne, le juge judiciaire. Promoteur de l'effet horizontal généralisé, le juge interne deviendra subséquemment le protecteur de l'ordre public européen. Ce pouvoir du juge, qui accroît considérablement son office, doit cependant être concilié avec les règles françaises délimitant sa compétence. Ces prescriptions tracent les limites théoriques du renouvellement de l'ordre public interne. Elles ne sont pas intangibles mais constituent des obstacles à la diffusion de l'ordre public européen. Il s'agit d'une part des règles de procédure civile (§ I), d'autre part du principe de séparation des pouvoirs (§ 2).

§ I – L'OBSERVATION DES RÈGLES DE PROCÉDURE CIVILE

418. Saisi d'un contentieux dans lequel les parties allèguent expressément une violation de la Convention, le juge interne se prononcera selon les principes dégagés à Strasbourg. Cependant, si les conclusions qui lui sont soumises ne se réfèrent pas aux dispositions de la Convention ou à la jurisprudence européenne, alors qu'une violation d'un droit conventionnellement protégé semble être avérée, doit-il spontanément soulever un moyen tiré de la CEDH ? En d'autres termes, l'ordre public européen a-t-il pour corollaire une obligation imposée aux juridictions d'appliquer au litige la règle européenne ou se limite-t-il à une faculté d'agir en ce sens ? En outre, si la maîtrise des prescriptions conventionnelles parmi les acteurs du droit privé se généralise, elle demeure perfectible. Or, le particulier doit-il pâtir de la méconnaissance de ces règles supranationales par son avocat ? La réponse à ces questions doit être apportée en plusieurs temps, tant au regard des règles procédurales françaises, que de la position adoptée par les instances strasbourgeoises. De même, le recours à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes permettra d'élaborer une ligne directrice quant au comportement souhaitable du juge interne.

419. Ni la CEDH, ni les instances de contrôle européennes n'imposent l'examen d'office d'un litige au regard de la Convention. Contraindre le juge interne à agir en ce sens reviendrait, *a fortiori*, à reconnaître expressément l'effet direct du texte européen en droit

interne, engagement que la Cour s'est toujours gardée d'effectuer[1539]. La question de l'application d'office des dispositions européennes a également une importance au regard de l'appréciation de la recevabilité d'une requête individuelle. La Convention impose en son article 35 l'épuisement des voies de recours internes. Pour remplir cette exigence, le requérant doit avoir invoqué en substance, devant les autorités nationales, le grief qu'il entend présenter à Strasbourg[1540]. Or, si le juge interne est dans l'obligation de soulever d'office un moyen tiré de la Convention chaque fois que celle-ci semble transgressée, ce devoir du juge doit-il dispenser le requérant d'invoquer en substance une violation de la Convention ? La dépendance entre les deux questions présentées a été mise en exergue lors de l'affaire *Ahmet Sadik*[1541]. En répondant à l'exception préliminaire du Gouvernement grec fondée sur le défaut de référence devant les juridictions nationales, par le requérant, à une violation de l'article 10 de la CEDH, la Cour s’est prononcée sur l'examen d'office d'un litige sous l'angle de la Convention. Les juges européens ont considéré qu’ « *à supposer même que les juridictions grecques aient pu, voire dû examiner d'office le litige sous l'angle de la Convention, cela ne saurait avoir dispensé le requérant de s'appuyer devant elles sur ce traité ou de leur présenter des moyens d'effet équivalent ou similaire et attirer ainsi leur attention sur le problème dont il entendait saisir après coup, au besoin, les organes de contrôle européen* »[1542]. Ainsi, quand bien même une obligation de soulever d'office un moyen tiré de la CEDH résulterait du droit interne mais ne serait pas satisfaite, les juges strasbourgeois ne concluent pas au respect de l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes. Dès lors, la Cour européenne n'incite nullement les autorités nationales à transformer en obligation, la faculté de soulever d'office une règle de droit européen.

420. Le juge Martens, fermement opposé à une telle jurisprudence, avait considéré que « *dans les cas où les juridictions internes sont, en vertu de leur droit national, en mesure d'appliquer la Convention d'office, elles doivent le faire en vertu de la Convention. C'est là*

[1539] V. *supra*.

[1540] J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, 3ème éd., Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005, pp. 9-10.

[1541] Cour EDH, arrêt *Ahmet Sadik c. Grèce* du 15 novembre 1996, req. n° 18877/91, *RUDH* 1991, p. 12, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1997, p. 977, obs. J.-F. Flauss ; *Justices* 1997, p. 176, chron. G. Cohen-Jonthan et J.-F. Flauss.

[1542] § 33.

une condition évidente de l'effectivité tant de la Convention comme instrument constitutionnel de l'ordre public européen que des "systèmes nationaux de protection des droits de l'Homme" »[1543]. La sanction d'un manquement à cette obligation ne résiderait alors pas dans un constat de violation de la CEDH mais dans l'impossibilité pour le gouvernement défendeur de se prévaloir de la règle de non-épuisement des voies de recours internes[1544]. Cette opinion dissidente, au soutien de laquelle est avancée la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, nous invite à étudier les enseignements issus du droit communautaire.

421. En 1991, appelée pour la première fois à se prononcer sur l'application d'office du droit communautaire par le juge interne, la Cour de justice des Communautés européennes avait précisé qu'elle « *ne s'opposait* » pas à ce que le juge national agisse en ce sens[1545]. L'avocat général Darmon prônait pourtant l'obligation d'intervention du juge, en raison notamment du fait que « *la primauté du droit communautaire ne saurait être laissée à l'appréciation des juges nationaux* »[1546]. La neutralité luxembourgeoise a été ensuite abandonnée au profit d'un engagement plus précis sur le comportement que le juge interne doit adopter lorsqu'il lui est possible d'appliquer le droit communautaire au litige dont il est saisi. Par deux arrêts rendus en 1995[1547], la Cour de justice des Communautés européennes renvoie au droit national le soin de régler les hypothèses dans lesquelles le juge interne a l'obligation de relever d'office le moyen tiré de l'application du droit communautaire, sous la double réserve que ces modalités ne soient pas « *moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* », ni qu'elles rendent « *en pratique impossible ou*

[1543] Opinion en partie dissidente de M. le juge Martens à laquelle M. le juge Foighel déclare se rallier, Jointe à l'arrêt *Ahmet Sadik c. Grèce*, op. cit., § 11, p. 26.

[1544] *Ibidem*, § 12, p. 26.

[1545] CJCE, arrêt *Verholen e.a.* du 11 juillet 1991, aff. C-87, 88 et 89/90, *Rec.* I, p. 3757, concl. Darmon.

[1546] Concl. préc., p. 3772, pt 19. *Contra*, V. les conclusions de l'Avocat général M. F.G. Jacobs relatives à l'arrêt du 14 décembre 1995, *Jeroen Van Schijndel*, aff. Jointes C-430/93 et C-431/93, *Rec.* I, p. 4705.

[1547] CJCE, 14 décembre 1995, *Jeroen Van Schijndel*, aff. Jointes C-430/93 et C-431/93, *Rec.* I, p. 4705, concl. Jacobs - *Peterbroeck*, aff. C-312/93 ; G. Canivet et J.-G. Huglo, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe*, avril 1996, Chron. 4, pp. 1-4 ; F. Benoit-Rohmer, *LPA*, 25 octobre 1996, n° 129, pp. 26-32.

excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »[1548]. L'appréciation de cette seconde condition doit être effectuée au regard des « *principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* »[1549] et notamment du principe dispositif[1550].

422. Le juge du fond est donc tenu de soulever d'office les moyens mélangés de fait et de droit comme les moyens de pur droit, sans pouvoir toutefois modifier l'objet du litige. S'agissant des juges du droit, il s'agit d'un devoir : « *le moyen de droit communautaire est donc traité comme un moyen de droit d'ordre public. En ce cas, en effet, la juridiction suprême doit casser pour violation de la loi, par refus d'application, et sans opposer la nouveauté du moyen, une décision dans laquelle les juges du fond ont négligé un principe d'ordre public alors que les circonstances de la cause le mettaient en mesure de l'imposer d'office* »[1551]. Toutefois cette obligation est encadrée et limitée : le juge ne pouvant statuer *ultra petita* et le moyen soulevé d'office devant être conforme à l'objet de la demande et tendre aux mêmes fins[1552]. L'obligation faite au juge interne d'appliquer d'office le droit communautaire[1553] nous amène à examiner le sort réservé au droit européen des droits de l'Homme. Le juge judiciaire est-il en mesure de relever d'office un moyen tiré de la violation de la CEDH et dans quelles conditions peut-il intervenir[1554] ?

[1548] Arrêt *Jeroen Van Schijndel*, point 17 ; arrêt *Peterbroeck*, point 12.

[1549] Arrêt *Jeroen Van Schijndel*, point 19 ; arrêt *Peterbroeck*, point 14.

[1550] Arrêt *Jeroen Van Schijndel*, points 20 et 21 ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 565-601, p. 500.

[1551] G. Canivet et J.-G. Huglo, *op. cit.*, p. 2. *contra* : I.S. Delicostopoulos, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, préf. S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 401, 2003, n° 306.

[1552] articles 4 et 5 NCPC. De même l'autorité de la chose jugée doit être préservée, article 480 NCPC.

[1553] En ce sens également, CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a.*, affaire C-72/95, Recueil p. 5403, concl. Elmer ; CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, affaire C-126/97, Recueil, p. 3055.

[1554] Pour une application d'office de la loi étrangère en droit international privé, V. F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2005.

423. Selon les règles de procédure civile, le principe dispositif confère aux parties la matière du procès puisqu'il leur incombe de déterminer l'objet du litige par leurs prétentions[1555] et d'alléguer les faits propres à les fonder[1556], tandis que le juge « *doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* »[1557]. En toute occurrence, lorsque le juge relève d'office un moyen de droit, il doit respecter le principe du contradictoire[1558], la délimitation de l'objet du litige par les parties[1559], ainsi que les faits qu'ils ont apportés au débat[1560]. Il lui revient de dire le droit, en qualifiant juridiquement les faits de l'espèce et en interprétant ou en modifiant le fondement juridique que les parties ont donné à leur demande[1561]. Aux termes de l'article 12, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile, « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », et selon l'alinéa 2 de cette disposition « *il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Le procès étant la chose des parties, dans quelle mesure le juge interne peut-il relever d'office un moyen de droit c'est à dire « *faire spontanément application au litige de règles de droit autres que celles dont le demandeur ou le défendeur sollicitait le profit* »[1562] ?

[1555] Article 4 du nouveau code de procédure civile (NCPC).

[1556] Article 6 NCPC ; G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in : *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 83-100, spéc. p. 86.

[1557] Article 5 NCPC.

[1558] Article 16 NCPC.

[1559] Articles 4 et 5 NCPC.

[1560] article 7 alinéa 1 NCPC (« *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* »). Cass. Civ. 1ère, 16 février 1988, *Bull*. I., n° 38 : « *le devoir de requalifier les faits imposé au juge par l'article 12, al. 2, ne concerne que les faits qui ont été invoqués par une partie au soutien de ses prétentions* ». Selon cet arrêt, celui qui n'a pas prétendu avoir voulu s'associer avec l'adversaire ou voulu participer aux bénéfices, n'est pas fondé à reprocher au juge du fond de n'avoir pas recherché d'office si les conditions d'une société de fait se trouvaient réunies en l'espèce. L'article 12 alinéa 3 NCPC apporte une autre limite puisqu'il précise que le juge « *ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et point de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ».

[1561] J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27ème éd., Dalloz, 2003, n° 546 et s.

[1562] J. Normand, *JCl. Procédure civile*, Principes directeurs du procès, office du juge, Fondement des prétentions litigieuses, Fasc. 152, n° 64.

424. L'interprétation de l'article 12 est sujette à controverse[1563]. Le juge a-t-il une obligation d'agir ou s'agit-il d'une simple faculté[1564] ? Le caractère d'ordre public des normes européennes doit-il imposer au juge de relever un moyen tiré de la CEDH ? L'examen du droit positif français révèle que la réponse ne repose pas sur le caractère d'ordre public des normes susceptibles d'être appliquées[1565] mais sur la notion de moyen de droit. En effet, « *c'est parce qu'ils sont des moyens de droit qu'ils sont obligatoires à l'égard du juge saisi, non parce qu'ils sont d'ordre public* »[1566]. Par conséquent, pour comprendre le pouvoir du juge, il faut s'intéresser aux conditions dans lesquelles il peut relever un moyen de droit. Deux situations sont à envisager.

425. En premier lieu, si les parties n'ont pas indiqué le fondement juridique de leurs prétentions, situation rare en pratique[1567], le juge « *doit donner (…) leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* »[1568]. La règle est certaine en jurisprudence[1569], il s'agit d'une obligation pour le juge[1570]. En deuxième lieu, lorsque le fondement juridique a été précisé par

---

[1563] Des incertitudes étaient nées de l'annulation, par le Conseil d'Etat, de l'alinéa 3 de l'article 12 NCPC ; ce dernier disposait que le juge « *peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* ». Le juge n'a cependant pas perdu ce pouvoir puisque la motivation de cette annulation reposait sur le risque d'atteinte au principe du contradictoire lorsque le juge relevait d'office de tels moyens ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 558.

[1564] Doit-on considérer que l'indicatif employé à l'article 12 alinéa 1 vaut impératif et donc qu'il fait obligation aux juges de relever d'office les règles de droit applicables ?, J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 577 ; F. Eudier, *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse (dactyl.), Rouen, 1994, pp. 86-121. M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in *Ecrits en hommage à J. Foyer, Jean Foyer, auteur et législateur*, PUF, 1997, pp. 463-476, spéc. p. 471 : « *L'article 12 du Nouveau Code de procédure civile n'offre pas une solution nette puisque le mode indicatif auquel est conjugué le verbe trancher ne contient pas nécessairement en lui-même une prescription obligatoire* ».

[1565] F. Eudier, *op. cit.*, p. 79 ; M-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé*, Préf. J.-P. Dubois, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 173.

[1566] J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 585 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4ème éd., Litec, 2004, n° 1133.

[1567] Aux termes de l'article 56 NCPC (modifié par le décret n° 98-1231 du 28 déc. 1998) l'assignation contient à peine de nullité « *l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit* ».

[1568] Article 12 alinéa 2 NCPC.

[1569] Cass. civ. 3ème, 21 janvier 1987, *RTD civ.* 1987, p. 390, obs. J. Normand ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 567.

[1570] L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1132.

les parties, le juge peut requalifier ou relever d'office un moyen de droit[1571]. Quant à savoir s'il s'agit d'une obligation, la jurisprudence est peu limpide et la doctrine divisée. Selon une doctrine majoritaire, le fil conducteur pour donner une cohérence aux décisions est la distinction entre les moyens de pur droit[1572] et les moyens mélangés de fait et de droit. Schématiquement, dans le premier cas, il s'agit d'une obligation, dans le second, d'une faculté[1573]. Le juge doit relever d'office les moyens de pur droit, qu'ils soient ou non d'ordre public. L'obligation se transforme en faculté lorsque le moyen est mélangé de fait et de droit c'est-à-dire lorsque les parties n'ont pas attiré l'attention du juge sur certains faits[1574] ou lorsque le juge ne les a pas relevé spontanément[1575]. Cette solution résulte d'une lecture *a contrario* d'un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 14 février 1985[1576]. Les décisions des autres formations civiles de la Cour de cassation semblent répondre au même critère de répartition entre obligation et faculté de relever d'office le

---

[1571] « *Ces deux pouvoirs se confondent souvent dans les espèces soumises aux juges du fond, tant il est vrai que le relevé d'office d'une règle de droit non invoquée par les parties a souvent pour objet et pour effet de modifier le fondement juridique de la prétention, de requalifier la prétention* », Lorsqu'il requalifie, le juge est conduit à relever d'office un moyen de droit, et lorsqu'il relève un moyen de droit nouveau cela a souvent pour effet de requalifier la prétention ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit*., n° 571, L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit*., n° 1133.

[1572] Le moyen de pur droit est « *celui qui ne trouve son assise dans aucun fait qui ne serait déjà établi ou qui devrait être apprécié de façon nouvelle ou, encore, qui ne nécessite de la part du juge de cassation aucune constatation ni appréciation des faits qui n'ont pas été envisagés dans leur rapport avec le chef attaqué* », J. Normand, *op. cit.*, n° 69.

[1573] J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 555 ; J. Normand, *op. cit.*, n° 75 et s. ; L. cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1133.

[1574] « *Soit parce qu'elles ont omis de les relever dans les documents versés au dossier, soit parce qu'elles les ont allégués sans en tirer les conséquences juridiques* », J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit*., n° 585.

[1575] Conformément aux articles 7 alinéa 2 (« *Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* ») et 8 NCPC (« *Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige* »). Car, si le juge fait appel à des faits, il doit les qualifier en vertu de l'article 12 alinéa 2 NCPC ; J. Vincent et S. Guinchard, *loc. cit.*

[1576] Cass. civ. 2ème, 14 février 1985, *Bull. civ.* II, n° 38 : « *Le juge n'a pas l'obligation de relever d'office un moyen qui, impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'était pas de pur droit* ». Il s'en déduit, *a contrario*, une obligation de relever d'office les moyens qui, n'impliquant aucune appréciation nouvelle des circonstances de fait, sont de pur droit. La doctrine est unanime quant à l'interprétation retenue ; J. Normand, *op. cit*., n° 100.

moyen de droit[1577]. La position retenue est en outre conforme aux prescriptions des articles 619 et 620 NCPC. La première disposition autorise l'invocation devant la Cour de cassation, pour la première fois, des moyens de pur droit. La seconde permet à la Cour suprême de casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit. Ainsi, le juge manque à ses obligations s'il ne relève pas un tel moyen, puisqu'il ne pourrait se voir « *reprocher de n'avoir pas appliqué un moyen que nul n'avait soulevé devant lui s'il n'était pas lui-même tenu de le relever d'office* »[1578]. Par conséquent, le juge du fond ne soulevant pas d'office un moyen de pur droit tiré de la CEDH peut voir sa décision censurée pour violation de l'article 12 NCPC, soit sur un moyen invoqué par une partie, même pour la première fois, soit sur un moyen soulevé d'office par la Cour de cassation[1579].

426. La Cour de cassation a-t-elle une obligation comparable à celle des juges du fond quant au relevé d'office des moyens de pur droit ? Il est admis qu'elle ne peut recevoir

[1577] La première Chambre civile est favorable à l'existence d'une obligation pour le juge du fond de relever d'office les moyens de droit dès lors qu'il lui est possible d'agir en ce sens sans avoir à tenir compte de faits non spécialement invoqués devant lui ; Cass. civ. 1ère, 22 avril 1997, *JCP* 1997, II, 22944, note Bolard ; *RTD civ.* 1998, 464, obs. Normand ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 578. La troisième Chambre, la Chambre sociale et désormais la Chambre commerciale se prononcent également en ce sens, J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 580-582.

[1578] J. Normand, *op. cit*., n° 100.

[1579] En ce sens, s'agissant du droit communautaire, G. Canivet et J.-G. Huglo, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, avril 1996, Chron. 4, pp. 1-4, spéc. p. 2 ; Voy. *infra*.
Il convient néanmoins de signaler l'existence d'une opinion minoritaire selon laquelle le juge ne doit relever d'office que les moyens d'ordre public et précisant que la distinction entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit est inadéquate s'agissant du juge du fond ; R. Martin, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ? », *D.* 1994, chron. p. 308 ; du même auteur, « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, chron. p. 1444. En outre, il semble que la tendance de la jurisprudence est de s'orienter vers une faculté « *alors que la doctrine essaye de corriger, en quelque sorte, une tendance contestée et contestable* », I.S. Delicostopoulos, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen,* préf. S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 401, 2003, n° 298. En ce sens, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, qui s'est longtemps démarquée des autres chambres en considérant que le juge a l'obligation de rectifier la qualification lorsqu'elle est erronée, s'est prononcée le 21 février 2006 en faveur d'un pouvoir facultatif du juge : Cass. civ. 1ère 21 février 2006, pourvoi n° 03-12.004 : « *Les juges, s'ils peuvent rechercher eux-mêmes la règle de droit applicable au litige, n'en ont pas l'obligation dès lors que le demandeur a précisé le fondement juridique de sa présentation, se sorte que la Cour d'appel, qui a décidé à bon droit que la SELARL, qui avait fondé son action sur la responsabilité contractuelle, était tiers au contrat en cause, n'était pas tenue de rechercher si les conditions de la responsabilité délictuelle étaient bien remplies à son égard* ». Cet arrêt mettrait un terme à la controverse : R. Martin, « Le relevé d'office d'un moyen de droit. Suite et fin », *D.* 2006, « point de vue », p. 2201.

de moyens nouveaux[1580], la nouveauté pouvant résider dans l'objet de la demande[1581], son fondement juridique[1582] ou encore des faits ou documents non soumis aux juges du fond[1583], sauf lorsque les moyens sont de pur droit ou nés de la décision attaquée[1584]. L'article 620 NCPC précise qu'elle « *peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné* »[1585] et qu' « *elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit* »[1586]. Si elle ne semble pas contrainte à agir en ce sens par l'article 620, certains auteurs considèrent que cette disposition doit être lue à la lumière de l'article 12 NCPC[1587]. Celui-ci, en tant que principe directeur du procès applicable devant toute juridiction[1588], paraît lui imposer une telle obligation[1589]. Ainsi, si les juges du fond ont l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit qui s'offrent à eux, il en va nécessairement de même pour le juge de cassation[1590].

427. Quelles conclusions tirer de la pratique nationale au regard du droit européen ? Tout d'abord, le caractère d'ordre public de la Convention ne lui accorde pas de régime privilégié, à l'instar de l'ordre public interne. Selon les règles de procédure civile, aucune disposition ne permet de fonder explicitement l'obligation de relever d'office un moyen tiré

[1580] Article 619 alinéa 1 NCPC.

[1581] Cass. com., 30 mai 1972, *Bull. civ. IV*, n° 168.

[1582] Cass. civ. 2ème, 12 janvier 1972, *Bull. civ. II*, n° 60.

[1583] Cass. civ. 1ère, 16 février 1970, *Bull. civ. I*, n° 57.

[1584] Article 619 alinéa 2 NCPC.

[1585] Article 620 alinéa 1 NCPC.

[1586] Article 620 alinéa 2 NCPC.

[1587] F. Eudier, *op. cit.*, p. 298.

[1588] Article 749 NCPC.

[1589] G. Canivet et J.-G. Huglo, *op. cit.*, p. 2.

[1590] J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, coll. Dalloz action, 2003-2004, n° 82.262. Hélas, là encore, l'incertitude règne puisque d'autres auteurs considèrent que la Cour de cassation n'a pas une telle obligation : I. S. Delicostopoulos, *op. cit.*, n° 303. Ainsi, la Cour de cassation demeurerait libre de se soumettre ou non à l'obligation qu'elle impose aux juges du fond : E. Bruce, « La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 2005, pp. 401-443, spéc. p. 412.

de la CEDH, parce que le caractère d'ordre public a un effet impératif mais pas un effet « automatique »[1591]. Le droit de la Convention est donc soumis aux règles internes d'organisation et de procédure judiciaire[1592]. Ensuite, faut-il considérer que les dispositions conventionnelles sont des moyens de pur droit que le juge a l'obligation d'appliquer ? Une réponse affirmative s'impose. En effet, le juge a l'obligation d'appliquer le droit en vigueur et la CEDH en fait partie[1593]. Les juges français sont donc en mesure d'appliquer d'office les dispositions conventionnelles et devraient logiquement le faire lorsque l'espèce le requiert.

428. De l'examen des règles procédurales internes, il ressort, en premier lieu, la faculté pour le juge de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit et, en second lieu, l'obligation de relever un moyen de pur droit. Néanmoins, devant la Cour de cassation, le moyen est recevable uniquement s'il est de pur droit c'est à dire ni mélangé de fait et de droit, ni de pur fait. Or l'appréciation d'une allégation de violation d'un droit de l'Homme exige, au vu du texte européen et de la jurisprudence strasbourgeoise, une estimation de l'ensemble des circonstances ayant concouru à la violation alléguée[1594], considérations factuelles que le juge de cassation ne peut apprécier et rendant les moyens de droit européen mélangés de fait et de droit. Cette antinomie semble tracer les limites de l'intervention du juge interne au regard de la CEDH, mais doit être relativisée. D'une part, si la notion de moyen de pur droit peut sembler plus restrictive devant le juge de cassation, il s'avère que la Cour de cassation appréhende certains faits de l'espèce sur laquelle elle est invitée à se prononcer. La seule limite est qu'elle ne peut prendre en considération d'autres éléments que ceux qui ont été constatés par les juges du fond[1595]. D'autre part, l'obstacle paraît surmontable grâce à la transposition des suggestions doctrinales relatives au droit communautaire[1596] dans le contexte de l'application des normes européennes. L'issue proposée repose sur une jurisprudence de la

---

[1591] M.-C. Vincent-Legoux, *op. cit.*, p. 173.

[1592] E. Bruce, *op. cit.*, p. 422.

[1593] J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 565.

[1594] Voy. *supra* ; S. Van Drooghenbroeck, obs. sous Cour de cassation belge (1ère ch.), 18 septembre 1981, in S. van Drooghenbroeck et O. De Schutter, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Bruxelles, Larcier, 1999, p.24.

[1595] J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, chron. p. 1115, spéc. p. 1119.

[1596] G. Canivet et J.-G. Huglo, *op. cit*., p. 3.

Première Chambre civile de la Cour de cassation, selon laquelle les juges du fond avaient été censurés pour n'avoir pas spontanément recherché si le fait en cause était constitutif d'un dol, alors que l'action en garantie des vices cachés était irrecevable car tardive[1597]. La Cour de cassation exigeait ainsi des juges du fond l'exploration de voies de droit qu'elle-même ne peut prospecter et qui impliquent des recherches et appréciations de fait qui ne sont pas de son ressort, « *étendant ainsi son contrôle d'office des moyens de pur droit à ceux mélangés de fait et de droit* »[1598]. Les annotateurs de l'arrêt rendu par la CJCE en déduisent donc que « *si, de toute évidence, le droit communautaire est applicable au litige et devait conduire à une solution différente de celle décidée par le juge du fond, l'évidence s'impose au juge de cassation même dans les éléments de fait mélangés au droit* »[1599]. Une telle solution serait également souhaitable s'agissant de la CEDH, mais elle repose sur une conception dynamique de l'office du juge[1600].

429. L'ordre public européen ne bénéficie par conséquent d'aucune protection spécifique dans le procès national, car le relevé d'office des moyens tirés de la violation de la Convention est soumis au régime ordinaire des moyens d'office devant le juge judiciaire. Par ailleurs, il convient de relever que la Cour de cassation refuse au juge tout pouvoir de requalification en présence d'un ordre public de protection, c'est-à-dire « *lorsqu'une qualification a été édictée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties et qu'elle n'en demande pas le changement* »[1601]. La chambre sociale[1602] interdit une requalification fondée sur une

---

[1597] La censure est intervenue pour défaut de base légale, les juges n'ayant pas recherché « *comme l'article 12, alinéa 2, du Nouveau Code leur en faisait, selon la Cour, l'obligation si le comportement en cause pouvait est qualifié de dol* », Cass. civ. 1[ère], 16 avril 1991, *Bull. civ.* I, n° 144 ; J. Normand, *op. cit.*, n° 62.

[1598] G. Canivet et J.-G. Huglo, *op. cit.*, p. 3 ; J. Normand, *op. cit.*, n° 109.

[1599] G. Canivet et J.-G. Huglo, *op. cit.*, p. 3

[1600] J. Normand, *op. cit.*, n° 108-112.

[1601] J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 574.

[1602] Cass. Soc., 30 octobre 2002, *Bull.* V, n° 332 ; *Procédures*, fév. 2003, n° 39, obs. Perrot ; Selon les juges de cassation, « *si en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile la qualification d'un contrat de travail dont la nature juridique est indécise relève de l'office du juge, celui-ci ne peut toutefois, en application de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat durée indéterminée, les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée, ayant été édictées dans un souci de protection du salarié qui seul peut se prévaloir de leur inobservation* ».

disposition tirée de l’ordre public de protection, et la chambre commerciale[1603], ainsi que la première chambre civile[1604], interdisent aux juges du fond de relever d’office les moyens fondés sur une disposition intéressant cet ordre public. Cette prohibition est justifiée par la volonté de la Cour de cassation de faire respecter, par les juges du fond, la liberté contractuelle en leur interdisant d’examiner systématiquement (et préalablement à l’examen de la demande) la validité du contrat qui leur est soumis[1605]. Il n’est pas certain que cette position soit conforme à la nouvelle jurisprudence européenne obligeant les juges nationaux à interpréter les actes juridiques conformément aux principes sous-jacents à la Convention[1606]. En effet, l’arrêt européen soumet indirectement la liberté contractuelle aux exigences conventionnelles et suppose que, lorsqu’il est saisi, le juge rétablisse par son interprétation le respect des droits de l’Homme dans les relations privées. Cependant, il faut relativiser cette jurisprudence car il convient de rappeler que les dispositions européennes relèvent tout à la fois de l’ordre public de protection que de l’ordre public de direction[1607], et ne devraient donc pas se voir appliquer le régime restrictif mentionné s’il y avait lieu.

430. Par ailleurs, en dépit de l'encadrement des fonctions du juge par le droit interne, la perspective d'une intervention strasbourgeoise aboutissant à un constat de violation incite ardemment à prendre en considération les normes supranationales. En ce sens, le principe de l'appel spontané aux normes européennes a été admis par les juridictions françaises[1608]. La Cour de cassation, dans sa formation plénière, a également soulevé d’office

---

[1603] Cass. com. 3 mai 1995, D. 1997, p. 124, note F. Eudier.

[1604] A propos de l’application de dispositions du Code de la consommation, les juges considèrent que « *la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d’ordre public, ne peut être opposée qu’à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger* », Cass. Civ. 1ère, 15 févr. 2000, *Bull*. I, n° 49 ; D. 2000, p. 275, note C. Rondey ; JCP 2001, II, 10477, note O. Gout ; JCP 2001, I, 312, chron. X. Lagarde ; Cass. civ 1ère 10 juillet 2002, *Bull*. I, n° 195, D. 2003, p. 549, note O. Gout.

[1605] L’objectif des juges est également de cantonner les nullités de protection par une application implicite de l’adage « pas de nullité sans grief » : X. Lagarde, *op. cit*., n° 7.

[1606] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncerneau c. Andorre* du 13 juillet 2004, § 59.

[1607] V. *supra*.

[1608] Cass. crim. 5 décembre 1978, *D.S.* 1979, pp. 50-52, note S. Khering.

un moyen tiré de la CEDH[1609]. Il faut noter également que les décisions internes sont de manière fréquente doublement fondées d'une part sur une règle française, d'autre part sur le droit européen. Toutefois, le texte européen étant lié aux interprétations dégagées par la Cour de Strasbourg, l'obligation de soulever d'office un moyen tiré de la Convention induirait une même issue s'agissant des arrêts[1610]. Cependant, si l'on prend en considération la finalité du droit européen et l'objectif prééminent d'effectivité, le droit interne peut suffire. Dès lors il y aurait obligation de soulever d'office un moyen tiré, non pas forcément de la Convention ou de la jurisprudence y relative, mais, à tout le moins, d'une disposition interne équivalente[1611]. Demeure cependant la question de la connaissance de la jurisprudence européenne afin de savoir si le droit interne est en adéquation avec celle-ci. Si cette difficulté était résolue, la Convention ne devrait être sollicitée qu'exceptionnellement. Ainsi, l'appel constant aux normes européennes ne serait pas indispensable, et la conciliation des règles de l'ordre juridique français et celles résultant de l'ordre juridique supranational possible. Paré de la qualité d'ordre public, le droit européen des droits de l'Homme s'impose au juge interne, moins par ses différentes composantes que par sa finalité.

431. L'observation nécessaire des règles de procédure civile afin d'assurer le respect des principes européens ne soulève pas de difficulté majeure. L'absence de régime particulier accordé à la CEDH ne s'oppose pas à sa prise en compte spontanée. Il en va autrement du principe de séparation des pouvoirs. Cette limite théorique au renouvellement de l'ordre public interne peut en pratique subir de sérieux infléchissements.

[1609] Cass. Ass. plén. 24 novembre 1989, pourvoi n° 89-84439, Bull. crim. n° 440. En l'espèce, les juges, après avoir relevé d'office le moyen tiré de l'article 8 de la CEDH, avaient précisé qu'il « *ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans les conversations téléphoniques que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi* ».

[1610] S'agissant du droit communautaire, V. Cass. com., 20 octobre 1998, *Contrats, conc., consom.*, avril 1999, n° 61, obs. S. Poillot-Peruzetto.

[1611] Comp. E. Bruce, *op. cit.*, p. 409.

§ II – L'OBSERVATION DU PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS

432. Il a été reproché aux juges « *qui se déclarent incompétents pour vérifier la conformité des lois françaises à la constitution nationale* » de s'attribuer *« le pouvoir de les neutraliser au motif qu'elles ne sont pas conformes aux axiomes passe-partout d'une pseudo-constitution étrangère (non nationale en tout cas)* »[1612]. Il convient de prêter une attention particulière à cette assertion puisqu'il est effectivement indéniable que les magistrats français se réservent la possibilité d'écarter une législation française non conforme aux dispositions européennes[1613]. De récents arrêts le démontrent avec éclat[1614]. Les tribunaux judiciaires ou administratifs détiennent là une prérogative que le Conseil constitutionnel a refusé de s'accorder, à l'occasion de l'examen de la loi dite Veil du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, considérant que si les dispositions de l'article 55 de la Constitution « *confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* »[1615]. Une position contraire lui aurait permis d'étendre le bloc de constitutionnalité, dont le contrôle lui est soumis, aux traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou

---

[1612] J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 26ème, PUF coll. Thémis, 1999, n° 116.

[1613] V. par exemple, Cass. com., 22 février 2000, *Bull. civ. IV*, n° 39 : Après avoir constaté que selon la jurisprudence européenne, un système de majoration d'impôts ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte, que, bien que l'article 1728-3 du Code général des impôts n'ait pas institué à l'encontre de la décision de l'Administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende, la Cour en déduit que, dès lors, « *il résulte de l'article 6, paragraphe 1, susvisé que l'application de l'article 1728-3 doit être dans cette mesure écartée et qu'il appartenait dès lors au tribunal, sur le fondement de l'article 6, paragraphe 1, précité, de se prononcer en l'espèce sur le principe et le montant de l'amende* » ; Versailles, 6 févier 2003 ; *D.* 2003, p. 720, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2003, p. 766, obs. J. Raynard ; *Annuaire de droit européen* 2003, p. 742, obs. J. Raynaud.

[1614] Cass. civ. 1ère, 24 janvier 2006, 3 arrêts, pourvois n° 02-12.260, 01-16.684, 01-17.042 et 02-13.775 ; Cass. civ. CE, 5ème et 4ème ss-sect., 24 février 2006, n° 250704 ; *JCP* 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; *RCA* 2006, comm. 94, obs. Ch. Radé ; *Dr. Famille* 2006, comm. 105, obs. B. Beignier et concl. J. Sainte Rose ; *Contrats, conc. Consom.* 2006, comm. 76, obs. L. Leveneur ; *LPA* 2006, n° 65, p. 13, note S. Prigent ; *GP* 10 juin 2006, n° 161, p. 32, note M. Bacache ; *JCP* S 2006, 1502, note P. Morvan ; *RTD civ.* 2006, p. 263, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 885, chron. A. Marais ; *AJDA* 2006, p. 1272, note S. Hennette-Vauchez.

[1615] Il s'agissait d'un examen à la lumière de l'article 2 de la CEDH ; Cons. const. 15 janvier 1975, *D.* 1975, 529, note L. Hamon, *AJDA* 1975, pp. 134-138, note J. Rivero.

approuvés[1616]. Le Conseil constitutionnel s'en tient donc à une prise en compte discrète et implicite de la CEDH[1617]. Les juridictions judiciaires et administratives, on le sait, n'ont pas adopté la même position[1618].

433. Or, le contrôle du législatif par le judiciaire heurte de plein fouet le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par la loi des 16-25 août 1790[1619] et le décret du 16 fructidor an III. Les arguments présentés pour légitimer le pouvoir qu'a le juge d'écarter l'application d'une loi varient entre l'habilitation implicite suggérée par l'article 55 de la Constitution[1620] et la limitation du contrôle à la voie d'exception[1621]. Une autre

---

[1616] D. Rousseau, « L'intégration de la Convention européenne des droits de l'Homme au bloc de constitutionnalité », *in* D. Rousseau et F. Sudre (dir.) *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme, droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, Ed. STH, 1990, pp. 117-136, spéc. p. 124 et s.

[1617] B. Mathieu, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français. A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC », *D.* 2002, chron. p. 1439 ; du même auteur, « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions », *D.* 2005, chron. p. 920 ; J. Andriantsimbazovina « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18/2005, p. 148.

[1618] Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre*, ; *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. A. Touffait ; *JDI* 1975, p. 801, note D. Ruzié ; *AJDA* 1975, p. 567, note J. Boulouis ; *AFDI* 1976, p. 867, chron. J.-F. Lachaume ; *RDP* 1975, p. 1335, note L. Favoreu et L. Philip ; *RGDIP* 1976, p. 690, note C. Rousseau ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *JCP* 1989, II, 21371, concl. P. Frydman ; *RFDA* 1989, p ;813, concl. P. Frydman, note B. Genevois ; *D.* 1990, 135, note Sabourin ; *JDI* 1990, 105 ; *RCDIP* 1990, 125, concl. P. Frydman, note P. Lagarde ; RTDE 1989, p. 787, obs. G. Isaac.

[1619] Article 10, « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* » ; Décision du Conseil constitutionnel qui se réfère à la conception française de la séparation des pouvoirs, n° 86-224, 23 janvier 1987, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* n° 41.

[1620] L'article 55 « *comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités* », P. Frydman, concl. sur Cons. d'Etat 20 octobre 1989, Nicolo, Roujansky, *JCP* 1989 II 21371. En outre, les auteurs s'accordent pour reconnaître « *une autorisation implicite donnée au juge judiciaire* » par le Conseil constitutionnel lors de la décision du 15 janvier 1975 ; J. Rideau, « problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », *in Droit constitutionnel et droits de l'Homme, Rapports français au IIème Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit constitutionnel*, Paris - Aix-en-Provence, 31 août - 5 septembre 1987, Economica, Paris, PUAM, 1987, pp. 205-248, spéc. p. 239.

[1621] La législation mise à l'écart ne disparaît effectivement pas de l'ordonnancement juridique ; D. Rousseau, *op. cit.* p. 122. ; se pose alors la question du statut de la loi inconventionnelle qui demeure en vigueur mais qui est mise à l'écart par les juges depuis plusieurs années ; Cass. com. 8 juillet 2003,

considération doit être ajoutée. Le juge, organe et représentant de l'Etat, se trouve dans une position délicate qui le place devant l'alternative suivante : soit il écarte le droit national afin d'obtenir une solution conforme à la Convention, il encourt dès lors le reproche de porter atteinte à la répartition des pouvoirs ; soit il reste dans les limites de ses compétences en appliquant la loi interne en contradiction avec la CEDH, mais risque alors d'engager la responsabilité internationale de la France[1622]. Est-il nécessaire de rappeler que c'est dans un tel contexte que la France a été condamnée par les arrêts *Mazurek*[1623] et *Merger et Cros*[1624], dans l'affaire *Chassagnou*[1625], ou encore dans l'affaire du tableau d'amortissement des prêts immobiliers[1626] ?

434. Atout majeur de la Convention européenne, le droit de recours individuel permet aux particuliers de « traduire un Etat »[1627] en justice. Depuis le 1er novembre 1998, les

---

Bull. civ. IV, n° 121 ; *JCP* 2004, II, 10111, note H. Fenfack et B. de Lamy ; *D.* 2003, p. 2004, p. 693, obs. G. Khairallah ; *Annuaire de droit européen* 2003, obs. J.-P. Marguénaud.

1622 F. Rigaux, « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », *RCJB* 1987, p. 5 ; Le droit français se trouve alors « *déchiré entre sa loyauté à la parole internationale et sa fidélité aux fondements de la société qu'il fait et qu'il a fait* » : C. Lombois, « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 1992, chron. LXVI, spéc. p. 326.

1623 Cour EDH, arrêt *Mazurek c. France* du 1er février 2000, req. n° 34406/97 ; *JCP* 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2000, p. 601, obs. J. Patarin ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2000, n° 33, obs. B. de Lamy ; *LPA* 2000, n° 145, p. 20, note Canaple.

1624 Cour EDH, arrêt *Merger et Cros c. France* du 22 décembre 2004, req. n° 68864/01 ; *JCP* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud.

1625 Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou et autres c. France*, 29 mars 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud. Les juridictions internes peuvent également sombrer dans l'excès inverse, en ce sens, en matière de transsexualisme, Cass., Ass. Pl., 11 décembre 1992.

1626 Arrêt 14 février 2006, *Lecarpentier et autre c. France*, req. n° 67847/01 ; *LPA* 3 mai 2006, p. 12, obs. E. Garaud ; *RTD civ.* 2006, p. 261, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 288, obs. Th. Revet ; *RDC* 2006, p. 779, obs. A. Debet ; *JCP* 2006, I, 164, n° 4 et 14, obs. F. Sudre ; *JCP E* 2006, 2062, note J. Raynaud.

1627 Article 34 CEDH : « *La cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice effectif de ce droit* ».

entraves techniques et politiques[1628] subsistant à cette innovation ont disparu : le droit de recours individuel n'est plus soumis à la déclaration facultative de son acceptation, ni à celle de la juridiction obligatoire de la Cour[1629], quant au Comité des Ministres, organe politique composé de représentants de chaque Etat[1630], il a définitivement perdu la possibilité de se prononcer sur « *la question de savoir s'il y a eu ou non une violation de la Convention* »[1631]. Les Etats ont ainsi, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, obtenu pour les requérants individuels un droit de saisine directe de la Cour et perdu la faculté de se prononcer sur leur propre cause. Ces avancées vers la judiciarisation des droits de l'Homme ont entraîné un recul de la protection des souverainetés nationales[1632]. La respectabilité d'un Etat peut être aisément altérée sur l'initiative de tout particulier qui se prétend victime[1633] d'une violation. Or, l'intervention du juge national peut empêcher une telle issue.

435. Le problème est d'actualité puisque la Cour de cassation, et le Conseil d'Etat, ont récemment écarté l'application de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé[1634]. Les juges ont donc neutralisé une loi qui avait justement

---

[1628] J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'Homme renouvelée », *D.* 1999, chron. 221, spéc. p. 224.

[1629] Respectivement, anciens articles 25 et 46. Toutefois, la suppression de ces facultés ne constitue pas, en fait, un total bouleversement ; O. de Schutter, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme », *CDE* 1998, p. 319, spéc. p. 349. Elle peut, en revanche, paraître peu adaptée pour les nouveaux Etats signataires en consacrant une politique du « *tout ou rien* » ; F. Sudre, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme : le Protocole 11 additionnel à la Convention », *JCP* 1995, I, 3849, spéc. n° 11.

[1630] Selon l'article 14 du Statut du Conseil de l'Europe « *Chaque membre a un représentant au Comité des Ministres et chaque représentant dispose d'une voix. Les représentants au Comité des Ministres sont les Ministres des affaires étrangères. (…) Un suppléant peut être désigné pour agir à sa place. Celui-ci sera, dans toute la mesure du possible, un représentant du gouvernement de son Etat* ». Souligné par nous.

[1631] Ancien article 32 CEDH. Ses compétences sont désormais concentrées sur le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour. Article 46 § 2 CEDH.

[1632] Cette appréciation doit être nuancée en raison de l'adoption du protocole additionnel n° 14, limitant le droit de recours individuel à l'existence d'un « préjudice important ». Celui-ci n'est toutefois pas encore en vigueur ; F. Benoit-Rohmer, « Il faut sauver le recours individuel… », *D.* 2003, Chron. p. 2584.

[1633] Sur l'acception européenne du terme, V. *supra*.

[1634] Cass. civ. 1ère, 24 janvier 2006, 3 arrêts, pourvois n° 02-12.260, 01-16.684, 01-17.042 et 02-13.775 ; Cass. civ. 1ère, 21 février 2006 ; CE, 5ème et 4ème ss-sect., 24 février 2006, n° 250704 ; *JCP* 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; *RCA* 2006, comm. 94, obs. Ch. Radé ; *Dr.*

été adoptée afin de briser une jurisprudence[1635]. Celle-ci autorisait l'indemnisation de l'intégralité des préjudices de l'enfant et de ses parents, lorsque le médecin n'avait pas décelé pendant la grossesse le handicap dont était porteur le fœtus[1636]. La loi est venue préciser que les parents peuvent demander réparation de leur préjudice moral au médecin fautif, mais les autres chefs de préjudice font l'objet d'une compensation relevant de la solidarité nationale. Parce que ces dispositions s'appliquaient aux instances en cours avant l'entrée en vigueur de la loi, les juges européens ont constaté une violation de l'article 1er du premier Protocole additionnel[1637]. La législation française ayant entraîné la condamnation de la France, les juges nationaux en ont tiré les conséquences. Ces arrêts désavouent le législateur et permettent un retour temporaire à la jurisprudence antérieure[1638]. Une position inverse aurait certainement entraîné une nouvelle stigmatisation européenne, mais certains auteurs se sont interrogés sur la pertinence de la solution retenue[1639]. De fait, le principe de séparation des pouvoirs est transgressé par le contrôle de conventionalité ainsi effectué et la loi se trouve combattue par la jurisprudence[1640]. On peut s'interroger sur la légitimité de la « légisprudence »[1641]. On peut également considérer que le juge voit ses prérogatives accrues en harmonie avec la logique de l'Etat de droit, puisqu'un « *juge à la botte du législateur ne se conçoit qu'en régime*

Famille 2006, comm. 105, obs. B. Beignier et concl. J. Sainte Rose ; *Contrats, conc. Consom.* 2006, comm. 76, obs. L. Leveneur ; *LPA* 2006, n° 65, p. 13, note S. Prigent ; *GP* 10 juin 2006, n° 161, p. 32, note M. Bacache ; *JCP* S 2006, 1502, note P. Morvan ; *RTD civ.* 2006, p. 263, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 885, chron. A. Marais ; *AJDA* 2006, p. 1272, note S. Hennette-Vauchez.

1635 Cass. Ass. plén. 17 novembre 2000, *Bull. civ.* n° 9 ; 13 juillet 2001, *Bull. civ*. n° 10 ; 28 novembre 2001, *Bull. civ*. n° 15 ; D. 2001, p. 2325, note P. Jourdain.

1636 Le Conseil d'Etat acceptait de réparer le préjudice matériel et moral des parents mais refusait d'indemniser l'enfant de son préjudice : CE, 17 février 1997, *Quarez*, Lebon p. 44.

1637 Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Maurice c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 11810/03 ; arrêt *Draon c. France* du 6 octobre 2005, req. n° 1513/03 ; *RTD civ.* 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud.

1638 A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon, *op. cit.*, p. 805.

1639 A. Marais, *op. cit.*, p. 891.

1640 Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205 et spéc p. 1213 : « *Selon les fondements de notre droit, la loi doit et peut combattre la jurisprudence quand le législateur l'estime opportun, car lui seul est l'"expression de la volonté". (…) Mais le combat que les juges engagent au nom de l'Europe et des droits de l'homme contre la loi est sujet d'inquiétude, car sont bousculés des principes essentiels de notre société et ce bouleversement peut porter préjudice à la construction européenne* ».

1641 Th. Revet, « La légisprudence », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 377, spéc. p. 387.

autoritaire »[1642]. Pour autant, deux voies permettraient, semble-t-il, d'apaiser les debats soulevés par de telles situations en encadrant le pourvoir du juge ordinaire ; l'intervention du législateur et l'instauration d'une contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

436. D'une part, afin de limiter le pouvoir du juge national et d'éviter la saisine des organes strasbourgeois, il appartient au législateur de se soumettre aux exigences européennes lors de la rédaction de ses normes juridiques[1643]. Ainsi, la mise en conformité du droit français avec les règles jurisprudentielles européennes fut exemplaire en matière d'écoutes téléphoniques judiciaires : la France, doublement sanctionnée pour violation de l'article 8 le 24 avril 1990[1644], n'a pas tardé à modifier sa législation en adoptant, le 10 juillet 1991, une loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications[1645], le droit antérieur manquant manifestement de prévisibilité[1646]. De même, une modification législative ne résulte pas nécessairement d'une stigmatisation nominative : le décret du 5 février 1993[1647], prenant en considération l'interprétation européenne[1648], a instauré la publicité des audiences disciplinaires du Conseil national de l'ordre des médecins. Cependant, la préparation et l'adoption d'une loi ne pouvant être instantanée, le juge doit conserver la possibilité de mettre

[1642] Ph. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTD civ.* 1996 pp. 299-312, spec. p. 310.

[1643] La surveillance de cette opération est confiée au Comité des Ministres qui adopte des résolutions recensant les incidences des arrêts : « L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution » : article 46 § 2 CEDH (Ancien article 54).

[1644] Cour EDH, arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France* du 24 avril 1990, série A n° 176- A et B ; *RUDH* 1990, p. 195, note G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1991, p. 186, obs. E. Decaux ; *D.* 1990, p. 187, chron. R. Koering-Joulin ; *GACEDH* n° 5, comm. F. Sudre.

[1645] Loi n° 91-646, entrée en vigueur le 1er octobre 1991 ; un nouvel article inséré au Code de procédure pénale, les conditions d'interceptions des correspondances, ordonnées par l'autorité judiciaire (article 100 à 100-7) ; J. Pradel, *D.* 1992, p. 49, *RUDH* 1991, p. 427 ; Sur la célérité et l'exemplarité de la réaction de l'ensemble des autorités normatives françaises, V. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.* p. 124.

[1646] *Affaire Kruslin*, préc., § 30 et s.

[1647] Décret n° 93-181 du 5 février 1993 modifiant les articles 13, 15 et 26 du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 ; *JO* 9 février 1993, p. 2136 note R. Debbasch, *JCP* 1993, I, 3663.

[1648] Cour EDH, arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, série A, n° 43 ; *CDE* 1982, p. 201, obs. G. Cohen-Jonathan ; *Gaz. Pal.* 19 juin 1982, doctrine 338, note J.-F. Flauss ; *AFDI* 1982, p. 495, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 216, obs. P. Rolland ; *GACEDH* n° 19, comm. J. Andriantsimbazovina.

à l'écart la législation désavouée au Palais des droits de l'Homme, mais encore en vigueur. A défaut, la Cour européenne constatera une violation[1649].

437. D'autre part, l'absence de procédure permettant de soulever une exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions françaises et l'inexistence de recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel favorisent tout d'abord l'invocation des dispositions européennes devant le juge national et, ensuite, la saisine des organes de contrôle de la Convention[1650]. L'institution d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est donc suggérée[1651] afin non seulement de réserver le contrôle de conventionalité au Conseil constitutionnel, mais aussi de lui offrir la possibilité de s'opposer à une jurisprudence européenne malvenue, adoptée dans la précipitation ou contraire à la conception sociétal du législateur français[1652]. On peut objecter que l'intervention de la Cour européenne permet de stigmatiser des lois partisanes parées du label de constitutionnalité[1653]. Elle autorise un arbitrage entre un droit populaire à un droit savant[1654] ou encore entre les deux nouvelles sources du droit que sont le chantage[1655] et les droits européens des droits de l'Homme. Enfin, pourrait se poser la question du respect par le juge judiciaire des décisions du Conseil constitutionnel contraires à celles de la Cour EDH[1656].

[1649] En ce sens, Cour EDH, arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006, req. n° 32570/03.

[1650] V. à l'inverse, l'exemple de l'Allemagne ; J.-F. Burgelin et A. Lalardrie, « L'application de la convention par le juge judiciaire », in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 145-163, spéc. pp. 151-152.

[1651] A. Marais, *op. cit.*, p. 894

[1652] A. Marais, *op. cit.*, p. 894.

[1653] V. également, Cour EDH, arrêt *Lecarpentier et autre c. France* du 14 février 2006, , req. n° 67847/01, préc.

[1654] Selon J.-P. Marguénaud, « *par l'intermédiaire de la Cour de Strasbourg, on voit donc nettement se profiler un combat entre un droit populaire, porté par des lois votées dans la précipitation au terme de campagnes médiatiques lourdement orchestrées et un droit savant, subtilement distillé par des juges dont la légitimité démocratiques est encore loin d'être à toute épreuve* » ; *op. cit*. p. 264.

[1655] A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon, *op. cit.*, p. 806 : les auteurs rappellent la pression exercée par les assureurs sur le législateur, « *ce qui laisse à penser que le chantage est peut-être en passe de devenir une nouvelle source du droit* ».

[1656] J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel : continuité ou évolution ?», *op. cit.* p. 153.

438. L’application du droit conventionnel en droit interne n’est pas une question résolue. Si le juge interne combat ses allergies[1657] à l’égard de la CEDH et fait primer l’ordre public européen sur une législation, il encourre le reproche de porter atteinte à la séparation des pouvoirs. L’ordre public européen trouve place au prix de quelques concessions. Il faut pourtant rappeler que la France s’est engagée à respecter la Convention européenne des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels en les signant et en les ratifiant.

[1657] « *Réaction spontanée d'irritation du juge national, notamment administratif, lorsqu'est invoquée devant lui la CEDH ; en voie de guérison. Reste encore vive dans une partie de la doctrine* », telle est la définition de l'allergie donnée par le professeur F. Sudre, dans un savoureux « Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l’Homme », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommages au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 431-448 ; Relevons, à l’inverse, que le terme kitch est un « *adjectif qui peut légitimement être employé pour qualifier le mauvais goût baroque et provoquant de ceux qui s'obstinent à s'intéresser à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme* ».

CONCLUSION

TITRE I

439. L'effet horizontal des droits de l'Homme développe l'ordre public européen : la compétence de la Cour est indirectement étendue tandis que l'effectivité des droits est amplifiée. Les rapports privés sont soumis à cet ordre public de telle façon que les droits conventionnels ne peuvent être anéantis. La conciliation et la limitation des droits de l'Homme n'autorisent pas une atteinte à leur effectivité. Parce que l'ordre public européen s'infiltre dans l'ordre public interne par le vecteur de l'effet horizontal, les contenus des deux ordres publics se rapprochent. L'ordre public est un standard juridique qui justifie le rôle actif du juge. Ce dernier, qu'il soit européen ou français, en assure une mise en œuvre évolutive, concrète et adaptée. L'ordre public est un outil de hiérarchisation des intérêts et devient ainsi un mécanisme d'éviction. L'éviction de l'ordre public interne au profit de l'ordre public européen permet un renouvellement du premier, aligné sur le second. Cette mise à l'écart résulte soit de l'intervention du juge européen, soit d'une décision interne. Cette dernière occurrence soulève des difficultés au regard du principe de séparation des pouvoirs. Elle se justifie pourtant, non seulement en raison du risque de saisine de la Cour européenne, mais plus simplement parce que la CEDH fait partie intégrante des sources du droit français[1658].

440. Capteur de la toile de fond du droit français, l'ordre public permet d'établir, selon certains auteurs, un équilibre nouveau entre le modèle du marché et le respect de la personne humaine[1659]. D'autres annoncent l'émergence d'un nouveau débat opposant les tenants du couple « Etat – social » aux défenseurs du couple « marché - droits de l'Homme »[1660]. Cette dernière approche ne convainc pas entièrement. Elle semble en outre contredite par l'émergence de devoirs individuels à la charge des particuliers.

[1658] Selon le Professeur Jestaz, les droits de l'Homme font partie des sources assimilables à une sorte de révélation laïque : *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 21.

[1659] M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 411, 2004, n° 345.

[1660] Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, chron. p. 901, spéc. p. 907.

TITRE II

L'ÉMERGENCE
DE DEVOIRS INDIVIDUELS

441. La protection européenne et nationale des droits de l'Homme s'applique aux relations entre particuliers. A travers le mécanisme de l'effet horizontal, la Cour européenne des droits de l'Homme fustige directement l'Etat et médiatement les comportements individuels contraires aux prescriptions européennes. Ses constats de violation n'ont certes aucun effet sur les relations privées, mais en il résulte que l'exercice des droits de l'Homme par un particulier doit être conforme aux préceptes conventionnels. Lors d'une diffusion horizontale de la Convention par le juge interne, le litige sera clôturé par la réprobation éventuelle d'un comportement contraire aux dispositions européennes. Que l'effet horizontal soit direct ou indirect, il emportera peu ou prou des conséquences pour le particulier[1661]. En outre, si l'essence de l'effet horizontal est de préserver les droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles en accordant une protection contre autrui, la prévention instaurée ou la sanction prononcée affecteront l'auteur d'une ingérence injustifiée. L'effet horizontal constitue en cela une garantie novatrice des droits de l'Homme puisqu'il a pour conséquence d'instaurer un devoir de respect des droits d'autrui. Néanmoins, la notion de devoir fait l'objet de controverses doctrinales, puisqu'elle est généralement associée soit à de sombres épisodes de l'Histoire, soit à la morale. Or, si le devoir de respect des droits de l'Homme est consubstantiel à l'effet horizontal, l'inquiétude traditionnellement suscitée par ce concept doit être atténuée. En effet, le caractère philanthropique de l'effet horizontal ne pouvant être contesté, les devoirs qu'il fait émerger ne peuvent, semble-t-il, constituer une menace pour les individus. Etablis au bénéfice d'autrui, et non plus d'une entité abstraite telle que l'Etat ou un parti, les devoirs sont alors privatisés, et par-delà humanisés.

[1661] Ces conséquences seraient plus importantes si la France instaurait une procédure de réexamen des décisions judiciaires après condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme.

442. L'effet horizontal de la CEDH favorise donc l'apparition de devoirs individuels dans le système conventionnel de garantie des droits de l'Homme. Cette implication inattendue de la jurisprudence européenne contribue à transformer et renouveler la perception traditionnelle de la notion de devoir. En ce sens, la méthode d'interprétation strasbourgeoise constitue la genèse des devoirs de l'individu (Chapitre 1). Les devoirs européens étant dirigés vers autrui, il en résulte une privatisation puis une humanisation de la notion (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LA GENÈSE DES DEVOIRS INDIVIDUELS

443. A travers la construction des obligations étatiques et leur prolongement horizontal, la Cour européenne reconnaît la possibilité d'ingérences dans les droits de l'Homme d'un particulier commises par un autre particulier. L'essence de l'effet horizontal est donc d'octroyer aux personnes privées relevant de la juridiction d'un Etat membre une protection contre autrui. Si la Cour de Strasbourg ne peut directement réprouver les comportements individuels contraires aux prescriptions conventionnelles, le juge national peut quant à lui intervenir et sanctionner l'auteur du comportement litigieux. De même, si un individu souhaite éviter un jugement en sa défaveur, fondé sur les dispositions conventionnelles, il doit pour cela, et assez logiquement, ne pas entraver l'exercice des droits de l'Homme par les autres particuliers. La mise en œuvre d'une protection horizontale des droits de l'Homme a ainsi pour corollaire des devoirs à la charge des individus. Si l'objectif des rédacteurs de 1950 n'allait sans doute pas en ce sens, l'effet horizontal semble néanmoins avoir de telles conséquences. En outre, la Cour a affirmé dans certaines décisions l'existence de devoirs à la charge des individus. Cette reconnaissance, assez ancienne s'agissant du droit à la liberté d'expression ou de la libre manifestation des convictions religieuses, a été étendue à d'autres droits européens par le biais des obligations étatiques.

444. Dès sa mise en œuvre, l'extension horizontale de la Convention laissait présager l'existence de devoirs individuels (Section I). Désormais, la jurisprudence européenne énonce expressément de telles exigences (Section II).

SECTION I – L'INSTAURATION PRÉVISIBLE DE DEVOIRS INDIVIDUELS

445. En dépit de l'absence de mention de devoirs individuels dans le texte de la CEDH, l'effet horizontal des droits de l'Homme favorise une telle interprétation[1662]. Lorsque la Cour constate une violation des droits de l'Homme par un Etat du fait du comportement d'une personne privée, elle considère indirectement que l'attitude du particulier contrevient aux préceptes européens. Certes, seul l'Etat est visé par le constat de violation mais la critique énoncée suppose qu'une attitude différente à l'égard des droits conventionnels est souhaitable de la part des individus, sous le contrôle étatique. Ainsi, l'essence de l'effet horizontal (§ I) et sa mise en œuvre (§ II) sont propices à la reconnaissance de devoirs à la charge des individus.

§ I – L'ESSENCE DE L'EFFET HORIZONTAL

446. La notion de droits de l'Homme évoque la nécessité de protéger les individus contre le pouvoir étatique. Néanmoins, il est apparu nécessaire de garantir les droits et libertés contre les ingérences des pouvoirs économiques, médiatiques ou syndicaux, et plus généralement contre les actions de toute personne privée, physique ou morale. L'effet horizontal octroie une telle dimension aux droits de l'Homme. L'essence de l'effet horizontal est donc de préserver les droits conventionnels de toute atteinte, quelle que soit sa provenance. Ainsi, les individus voient la protection de leurs droits étendue et assurée contre les ingérences privées. Cette interprétation de la Convention entraîne un contrôle du respect des droits de l'Homme par tous, l'Etat, ses représentants, les personnes physiques et morales. Il est donc possible de considérer, *a contrario*, que l'effet horizontal de la CEDH exige le respect des droits de l'Homme par chacun. En effet, lorsqu'un individu se plaint auprès des instances européennes de l'inertie étatique face à une violation d'un droit de l'Homme commise par un particulier, il déplore en même temps l'absence de respect de ses droits par ledit individu. Dans l'affaire *Rianu*[1663], le requérant se plaignait du défaut de protection

[1662] M.-A. Eissein, « La Convention et les devoirs de l'individu », in *La protection internationale des droits de l'Homme dans le cadre européen*, Travaux du colloque organisé par la Faculté de droit de Strasbourg en liaison avec le Conseil de l'Europe, 14-15 novembre 1960, Paris, Dalloz, 1961, p. 167 ; M.-A. Eissein, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III, La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1971, p. 151.

[1663] Cour EDH, arrêt *Rianu c. Roumanie* du 17 juin 2003, req. n° 34647/97.

judiciaire effective par les autorités roumaines en raison de l'impossibilité, durant huit ans, d'obtenir l'exécution des décisions de justice ordonnant à ses voisins de démolir une construction édifiée partiellement sur son terrain. Si la requête visait le comportement étatique, elle intéressait indirectement l'obstruction prolongée des voisins à l'exécution des décisions judiciaires. En l'espèce, avant de saisir les instances européennes, Monsieur Rianu souhaitait simplement que ses voisins respectent son droit de propriété. De même, lorsque la princesse Caroline Von Hannover[1664] argue d'une violation de son droit à la vie privée en raison des décisions judiciaires privilégiant la liberté d'expression, elle revendique implicitement la préservation de son droit à la vie privée par les journalistes de presse à sensation. C'est encore le respect de la liberté syndicale par les employeurs, sous le contrôle de l'Etat, qui est sollicité dans l'arrêt *Wilson, National Union of Joursnalists et autres* rendu contre le Royaume-Uni[1665]. L'affaire *Fuentes Bobo*[1666] avait également pour origine l'absence d'égard d'un employeur pour le droit à la liberté d'expression de son employé. Nombreux sont les exemples jurisprudentiels où l'attitude d'un Etat est contestée en raison du non respect des droits de l'Homme par des personnes privées. Lorsque la Cour constate une violation, elle fustige le comportement de l'Etat qui n'a pas abouti à une sauvegarde effective des droits dans les relations privées et elle sanctionne le manquement à l'obligation de faire respecter les droits de l'Homme dans les rapports horizontaux. Si l'Etat doit faire respecter les droits dans les relations interpersonnelles, c'est bien que ses ressortissants doivent indirectement se soumettre à cette demande de respect. L'exigence de respect des droits conventionnels par les particuliers est par conséquent inhérente au mécanisme de l'effet horizontal, même lorsqu'il est élaboré à Strasbourg.

447. En outre, dès lors que les droits de l'Homme ont été diffusés dans les relations de droit privé, il était prévisible qu'une obligation de respect des droits d'autrui allait émerger. Chacun bénéficiant de l'ensemble des droits garantis par la Convention, une conciliation de leur exercice est parfois indispensable. L'exemple topique est celui de l'arbitrage entre la

[1664] Cour EDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, req. n° 59320/00 ; *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[1665] Cour EDH, arrêt *Wilson, National Union of Joursnalists et autres c. Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96 ; *JCP* 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

[1666] Cour EDH, arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, req. n° 39293/98 ; *D.* 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

liberté d’expression et le droit au respect de la vie privée ou à la présomption d’innocence. Il est alors nécessaire de réguler l’exercice de ces droits en imposant des limitations. Or, ces restrictions entraînent des devoirs : par exemple, le journaliste jouissant du droit à la liberté d’expression doit respecter le droit à la présomption d’innocence des individus. Le devoir repose alors sur l’altérité[1667] et la sociabilité. Chacun bénéficie de la protection européenne et tous sont soumis aux prescriptions conventionnelles. La diffusion horizontale des droits de l’Homme ne peut être unilatérale. C’est pourquoi l’application des dispositions conventionnelles dans les relations de droit privé devait assez logiquement créer des obligations de respect des droits de l’Homme par les personnes privées. La consécration de l’effet horizontal emporte une applicabilité générale des droits de l’Homme, une opposabilité *erga omnes*. Karel Vasak avait d’ailleurs souligné une résurgence des devoirs sous l’impulsion de la théorie de la *drittwirkung* c’est à dire de l’opposabilité générale des droits de l’Homme[1668]. La seule reconnaissance de droits par les rédacteurs de la Convention n'entrave pas l'existence de devoirs envers autrui. La question des droits et des devoirs est « *une question de fond qui appartient, à l’évidence, à la problématique des droits de l'Homme* »[1669].

448. Par ailleurs, aucune personne juridique « *ne peut s’accorder à elle-même des droits, parce que le droit de l’une n’existe que sous l’hypothèse de l’obligation de l’autre* »[1670]. Il en est de même des droits de l’Homme lorsqu’ils font l’objet d’une application horizontale. En effet, ériger un droit à la vie ou à l’intégrité physique suppose que chacun est soumis à l’obligation de ne pas porter atteinte à ce droit. En l’occurrence, le rôle de l’Etat se

---

[1667] « *Isolé l’être humain n’a nul besoin d’autre instrument que sa liberté, un droit lui étant inutile sinon même inconcevable. Mais dès qu’il entre dans une relation d’altérité, l’idée d’un droit et sa mise en œuvre deviennent indispensable pour la régulation de celle-ci* », J. Mourgeon, « Les droits de l’être humain, destructeurs de sa liberté », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 391, spéc. p. 394.

[1668] K. Vasak, « Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l’homme, introduction et texte », *in* P. Meyer-Bisch (édité par), *Les devoirs de l’Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du V[ème] colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, éd. Universitaire de Fribourg,1989, p. 9. Selon l’auteur, contribuent également à cette résurgence l’acceptation de l’idée d’abus de droit, la conversion de toutes les religions aux droits de l’Homme, lesquelles imposent des devoirs, et l’affirmation des droits des animaux et des plantes. En effet, si ceux-ci ont des droits, c’est que les hommes assument des devoirs à leur égard.

[1669] A. Macheret, « Préface », *in* P. Meyer-Bisch (édité par) *Les devoirs de l’Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du V[ème] colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, éd. Universitaire de Fribourg, 1989, p. 3.

[1670] H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, 2[ème] éd., Paris, Dalloz, 1962.

limite à favoriser le respect de ce devoir en mettant en place une législation pénale dissuasive mais les autorités étatiques ne peuvent assurer seules le respect de ces dispositions. Les particuliers sont donc soumis au respect des articles 2 et 3 de la Convention.

449. Enfin, et plus généralement, les devoirs peuvent être envisagés comme inhérents aux droits. Siéyès l'avait déjà affirmé, à la suite de Rousseau, lors de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[1671]. L'argument a également été repris par les adversaires de l'inscription de devoirs dans les constitutions. En effet, en ce qu'il règle les rapports humains, le Droit assure le maintien de la cohésion sociale et crée des obligations. Les devoirs sont sous-jacents et constituent « *la trame de fond du tissu juridique* »[1672] et « *on laisse de côté une grande partie de la construction juridique lorsqu'on ne tient compte que des droits, et non pas des devoirs*»[1673]. Néanmoins, il est également possible de considérer que les devoirs ne découlent pas nécessairement des droits. En effet, un autre aspect du respect des droits de l'Homme est que, « *si l'humanité a des droits sur l'Etat, elle en a aussi sur l'homme. Elle attend de lui notamment qu'il la respecte dans les autres hommes car toute violation de leur droit méconnaît les siens* »[1674]. Selon le Doyen Cohen-Jonathan, cette idée explique l'application horizontale des droits de l'Homme et du droit humanitaire[1675]. Cette justification est satisfaisante en ce qu'elle permet de fonder le devoir de respect des droits de l'Homme sur un humanisme et non sur la crainte de la sanction et plus généralement sur l'égoïsme[1676].

[1671] M. Gauchet, « Droits de l'Homme », *in* F. Furet et M. Ozouf (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Chapitre 4, *Idées*, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1992, p. 121, spéc. p. 131.

[1672] Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 111.

[1673] « *On peut même affirmer que l'ordre juridique a été d'abord créé sur la base des devoirs, avant qu'on n'en arrivât à créer des droits proprement dits* », Paul Roubier, *op. cit*., p. 110-111. En ce sens également, Y. Madiot, *Droits de l'homme*, Paris, Masson, 2ème éd., 1991, p. 57 : « *Historiquement, le devoir précède le droit. Pendant des siècles, les hommes ont été soumis à des devoirs envers le prince, envers "l'Autorité" et la lente formation de la personne humaine est liée à l'émergence progressive de ses droits. Pas à celle de ses devoirs* ».

[1674] G. Cohen-Jonathan, « L'évolution du droit international des droits de l'Homme », *in L'évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry,* Paris, Pedone, 1998, p. 107, spéc. p. 119 ; l'auteur renvoie à René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, 1991, 283 p.

[1675] Elle est également à la base de la répression des crimes imprescriptibles contre l'humanité, *ibidem*.

[1676] Hannah Harendt avait en ce sens critiqué la philosophie de Hobbes, dénuée de solidarité entre l'homme et son prochain, *Les origines du totalitarisme*, 2ème partie, L'impérialisme, Ed. seuil, coll. Points. « *Le sujet hobbsien ne reconnaît de solidarité qu'au nom de l'égoïsme absolu (…). La Loi est*

450. Ces remarques préliminaires sur l'existence de devoirs individuels inhérents à la technique de l'effet horizontal des droits de l'Homme sont confirmées par les implications de la mise en œuvre de l'effet horizontal en droit interne. Lorsqu'un particulier se prétend victime d'une ingérence privée dans ses droits garantis par la Convention, l'immixtion litigieuse pourra être contrôlée et sanctionnée à l'aune des prescriptions européennes.

§ II – LA MISE EN ŒUVRE DE L'EFFET HORIZONTAL CRÉATRICE DE DEVOIRS INDIVIDUELS

451. Le particulier n'est pas directement responsable des violations de la CEDH, puisque contrairement à l'Etat, il n'est pas engagé par cette Convention. Nonobstant cette évidence, lorsque les juridictions internes interviennent pour protéger les droits de l'Homme dans les relations interindividuelles la solution adoptée et la sanction retenue confèrent inéluctablement une responsabilité au particulier. Afin de ne pas subir les foudres jurisprudentielles, une certaine réserve dans l'exercice de ses droits lui incombe. Dès lors, si un individu ne peut être destinataire des sanctions européennes (A), la saisine des juridictions nationales permet de pallier les risques d'impunité (B).

A/ L'IMPOSSIBLE SANCTION EUROPÉENNE DU COMPORTEMENT INDIVIDUEL

452. Les particuliers ne sont pas passibles de sanction européenne, leur responsabilité ne pouvant être engagée devant les organes de Strasbourg. Deux éléments conventionnels viennent désigner les comptables des récriminations individuelles ou étatiques. En premier lieu, la Cour européenne est instituée « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles* »[1677]. En second lieu, cette Cour ne peut être saisie que « *par toute personne*

---

ce qui oblige chacun, au nom de son égoïsme irréductible, à préserver un égoïsme commun et policé dans lequel, ayant renoncé (par la force subie ou crainte) à jouir du monde en son entier, chacun peut en consommer un lambeau en toute tranquillité, sous l'aile protectrice et menaçante de l'Etat Léviathan » ; D. de Facendis, « Hannah Arendt et le mal » *in* D. Dagenais, *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain*, Les presses de l'Université de Laval (Canada), 2003, p. 80.

[1677] Article 19 CEDH.

physique toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »[1678] ou par toute Haute Partie contractante « *de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputée à une autre Haute Partie contractante* »[1679]. Ainsi le particulier ne peut supporter les avanies européennes. La jurisprudence vient corroborer et appliquer cette délimitation de compétence.

453. La Commission a eu l'opportunité d'affirmer, de manière constante, en se référant aux articles précités[1680] qu'elle « *n'a pas compétence, ratione personae, pour connaître des requêtes dirigées contre de simples particuliers* »[1681]. Ainsi en est-il lorsqu'une requérante se plaint, sur le fondement de l'article 2 de la Convention, de l'absence de mesures adéquates adoptées pour sauver la vie de son époux, victime d'une crise cardiaque sur son lieu de travail[1682]. La doléance concernant la passivité des collègues de travail de son défunt mari, elle fut déclarée irrecevable. Sans doute afin de passer le filtre de la recevabilité, elle déplorait également que la législation britannique n'impose pas à toute personne une obligation d'adopter les mesures médicales nécessaires en cas d'urgence. La Commission ne rejeta pas expressément cet argument, mais considéra que le décès était inéluctable : alors même qu'une telle obligation aurait existé, ni les ambulanciers ni les collègues de l'époux n'aurait pu sauver ce dernier. Sur ce point, la Commission conclut donc qu'il n'y a pas eu violation de l'article 2 de la Convention. Il convient de relever que si, à l'origine, la requérante se plaignait du comportement de personnes privées, la contestation relative à l'absence de législation n'entraîne pas une décision d'irrecevabilité mais un examen des faits aboutissant à un constat de non-violation. Dès lors, l'obstacle de la compétence *ratione personae* paraît surmontable. De même, dans une affaire antérieure, la Commission avait réservé cette possibilité. En l'espèce, un électricien de 52 ans, salarié d'une entreprise privé, s'était vu proposer un

---

[1678] Article 34 CEDH.

[1679] Article 33 CEDH.

[1680] Il s'agissait des articles 19 et 25 (devenu article 33) de la CEDH.

[1681] Comm. EDH, déc. *X c. Autriche* , req. n° 1599/62, *Recueil*, vol. 10, 1963, p. 9 ; Comm. EDH, déc. *X c. RFA* du 1er avril 1968, req. n° 2646/65.

[1682] Comm. EDH, déc. *H. c. Royaume-Uni* du 18 juillet 1986, req. n° 11590/85.

changement d'affectation par ses employeurs[1683]. Il refusa en raison de son âge et de son invalidité, refus qui entraîna son licenciement. Convaincu que son congédiement était dû au seul fait qu'il n'appartenait à aucun syndicat, il invoqua une violation de l'article 10 de la CEDH. La Commission rappela qu'il ressort clairement des prescriptions conventionnelles, qu'elle n'a pas compétence *ratione personae* pour connaître des violations imputées aux entreprises privées. Cependant, elle ajouta que « *au demeurant, l'examen du dossier ne permet pas en l'état de déterminer, même d'office, en quoi les agissements des organes de la société anonyme métallurgique Y-Z auraient pu, exceptionnellement, entraîner la responsabilité internationale de la Belgique sur le terrain de la Convention* »[1684]. Il semble donc que si les faits de l'espèce l'avaient permis, la Commission aurait pris l'initiative de rechercher les conditions d'une imputabilité de l'action individuelle à l'Etat[1685]. Les instances européennes ne peuvent en effet examiner une ingérence individuelle que lorsqu'elles estiment qu'elle peut être imputable à une Haute Partie contractante. La Cour observe cette condition avec plus de rigueur.

454. La Commission européenne des droits de l'Homme ayant disparu avec l'adoption du Protocole n°11, la recevabilité des requêtes est aujourd'hui examinée par la Cour. Ses décisions sont plus fermes que celles autrefois rendues par la Commission. Ainsi, lorsqu'un requérant se plaint du fait que son avocat ne l'aurait pas bien représenté et aurait demandé une note d'honoraires excessive, la Cour répond par une formule concise que « *ce grief étant adressé à l'encontre d'un particulier, il est incompatible ratione personae avec les dispositions de la Convention et doit être rejeté conformément à l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention* »[1686]. Sa position fut identique lorsqu'elle fut saisie par un requérant français se plaignant d'avoir fait l'objet, durant sa procédure de divorce, d'une investigation privée confiée par son épouse à un détective privé, en violation de l'article 8. Elle constata que « *ce grief ne concerne pas une ingérence des autorités de l'Etat français dans ses droits garantis par la Convention, une agence de détectives privés n'étant pas de nature à engager la*

[1683] Comm. EDH, déc. *X c. Belgique* du 3 février 1970, req. n° 4072/69.

[1684] Souligné par nous.

[1685] La requête a par ailleurs été jugée incompatible avec les articles 1 et 25 § 1 de la Convention, « *puisque le droit au travail ne figure pas, en tant que tel* » parmi les droits et libertés garantis.

[1686] Cour EDH, déc. *Meneghini c. Italie* du 13 février 2001, req. n° 51677/99.

responsabilité de l'Etat au regard des articles 1 et 34 de la Convention »[1687]. A Strasbourg, le contrôle des activités individuelles et du respect des droits de l'Homme par les particuliers est par conséquent restreint.

455. En conséquence, les agissements individuels entravant l'exercice des droits conventionnels des particuliers sont rarement contrôlés par la Cour européenne. Tel est le cas uniquement lorsque les juges strasbourgeois réussissent à relier l'action individuelle au comportement étatique, et donc usent du mécanisme d'imputabilité[1688]. Cependant, dans cette occurrence, si la Cour procède à un examen de l'ensemble des circonstances entourant la violation alléguée, seul l'Etat est destinataire du constat de violation. En raison de l'autorité limitée pour le particulier des décisions européennes en droit français[1689], l'auteur du dommage ne verra pas ses actions sanctionnées. Dès lors, si l'effet horizontal a pour finalité de faire respecter les droits de l'Homme dans les relations interindividuelles, un manquement à ce devoir ne peut être sanctionné à Strasbourg. Néanmoins, en raison de l'applicabilité directe de la Convention en droit interne, l'immunité des personnes privées n'est que partielle.

B/ LA POSSIBLE SANCTION NATIONALE DU COMPORTEMENT INDIVIDUEL

456. Non signataires de la Convention, non responsables internationalement, les personnes privées n'échappent pourtant pas à toute responsabilité. Les obligations positives de l'Etat de faire respecter les droits de l'Homme dans les relations interindividuelles, à travers la législation ou à l'aide des juridictions judiciaires[1690], favorisent, si elles sont respectées, la création d'un cadre juridique propice à l'effectivité des droits garantis et les particuliers sont alors soumis au respect des dispositions conventionnelles. Ainsi, l'application des arrêts strasbourgeois dans l'ordre interne obéit à l'exigence de respect des droits de l'Homme mais

---

[1687] Cour EDH, déc. *Borderie c. France* du 23 avril 2002, req. n° 53112/99. Plus récemment la Cour a jugé une requête irrecevable puisque la plainte était dirigée contre une entreprise privée ; la Cour considéra que l'Etat étant actionnaire minoritaire de cette société, il ne la contrôlait pas ; Cour EDH, déc. *Milhescu c. Roumanie* du 26 août 2003, req. n° 47748/99.

[1688] Sur ce point, V. *supra*, partie I.

[1689] V. *supra*, Partie I.

[1690] A. Drzemczewski, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, p. 3, spéc. p. 18.

aboutit corrélativement à créer des devoirs individuels[1691]. Les devoirs résulteront soit d'une législation exigeant le respect des garanties européennes, soit d'un contrôle juridictionnel.

457. Le devoir individuel de respect des droits de l'Homme peut être imposé par le droit interne, en conformité avec les obligations positives exigeant une intervention de l'Etat. Ainsi, la Cour a affirmé qu'en matière d'environnement, la responsabilité de l'Etat peut « *découler du fait qu'il n'a pas réglementé l'activité d'une industrie privée d'une manière propre à assurer le respect des droits consacrés par l'article 8 de la Convention* »[1692]. Une règle de droit interne peut donc, conformément à la jurisprudence européenne, imposer à une entreprise privée le respect de la vie privée et familiale et du domicile d'autrui. De même, l'Etat a l'obligation positive de garantir la jouissance effective des droits consacrés par l'article 11. S'il permet aux employeurs d'avoir recours à des incitations financières pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, il manque à son obligation positive. Il doit donc imposer aux employeurs, à l'aide d'une législation adéquate, le respect de la liberté syndicale. Enfin, par exemple, l'arrêt *Chassagnou*[1693], ayant été conclu par un constat de violation à l'encontre de la France, a permis une modification législative permettant à certains propriétaires de s'opposer à la soumission de leur terrain aux actions des associations communales de chasse agrées[1694]. Par cette loi, les chasseurs doivent désormais respecter la volonté des propriétaires opposés à la chasse. Il apparaît donc que la transposition d'un arrêt européen, par l'adoption d'une législation, permet d'imposer un devoir de respect des droits de l'Homme. Certes, les devoirs ainsi établis se fondent sur la législation interne mais leur raison d'être réside dans le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme.

[1691] Cette réflexion doit rapprochée du constat selon lequel « *la mise en œuvre des arrêts européens dans l'ordre national, même si elle répond à un enjeu substantiel, finit par satisfaire les exigences processuelles* », I. S. Delicostopoulos, *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Préf. S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 401, 2003, n° 18.

[1692] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003, req. n° 36022/97, § 119. *JCP* 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud.

[1693] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Chassagnou et autres c. France* du 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; *RTDH* 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66.

[1694] Articles L. 422-10 et suivants du Code de l'environnement.

458. Il en est de même devant les juridictions internes. Si une ingérence privée se réalise, l'individu à l'origine de l'acte ou du fait générateur d'une violation sera sanctionné et la victime rétablie dans ses droits ou indemnisée. Dès lors, un individu pourra voir sa responsabilité engagée sur la base d'un texte initialement rédigé en vue de le protéger contre l'Etat[1695]. C'est pourquoi l'applicabilité directe horizontale de la Convention impose, de fait, certains devoirs aux particuliers. Ainsi, lorsque la troisième Chambre civile de la Cour de cassation énonce que « *les clauses d'habitation d'un bail ne peuvent, en vertu de l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »[1696], elle impose au bailleur le respect de la vie privée et familiale de son cocontractant. L'objectif est de faire respecter l'article 8 de la CEDH mais inéluctablement l'application horizontale de cette disposition fait naître un devoir de respect des droits garantis. Cette observation vaut également lorsque la Cour de cassation considère, sur le fondement de l'article 11 de la Convention, que « *la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* »[1697]. Le bailleur d'un local commercial doit respecter la liberté d'association, y compris négative, du preneur. Ainsi la lecture de la législation et de la jurisprudence internes à travers le prisme, non plus des droits, mais des devoirs confirme l'émergence de ces derniers à la charge des particuliers.

459. L'applicabilité directe de la Convention, ainsi que les obligations étatiques, dans leur dimension horizontale, sans être à la charge des ressortissants des Etats membres, ont inéluctablement un effet sur ceux-ci. Aussi, « *en examinant quels sont les sujets des droits garantis par la Convention, nous avons été amenés à conclure que les droits étaient complétés par des obligations correspondantes et que celles-ci étaient à la charge, non seulement des Etats, mais aussi des individus. En ce qui concerne ces derniers, aucune*

[1695] Dès lors que l'applicabilité directe de la Convention est reconnue en droit interne, « *l'inexécution des obligations imposées aux individus par la Convention peut trouver une sanction directe : la victime d'une violation imputable à un particulier peut (…) se prévaloir en justice des règles de la Convention indépendamment de celles du droit interne* », J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 94.

[1696] Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1996, *Mel yedei* ; *RTD civ.* 1996, p. 580, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1996, p.1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1996, I, 3958, obs. Ch. Jamin ; *JCP* 1997, II, 22764, note Nguyen Van Tuong ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy.

[1697] Cass. Civ. 3ème, 12 juin 2003, *Alartex*, *D.* 2003, n° 25, p. 1694.

sanction internationale des obligations qui pèsent sur eux n'est prévue, de toute évidence, par la Convention. Reste la sanction dans l'ordre juridique interne : elle ne peut exister que dans ceux des Etats où la Convention constitue une source du droit national »[1698]. Il est d'ailleurs probable que les exigences de respect des droits de l'Homme par les personnes privées s'étenderont. Si les juges français se soumettent à la jurisprudence *Pla et Puncernau*[1699] imposant une interprétation des actes juridiques conforme aux principes européens, il en découlera indirectement une obligation de respect de ces principes dans les relations de droit privé. Par exemple, le devoir de ne pas insérer une clause discriminatoire dans une convention. Ainsi, la généralisation de l'effet horizontal de la CEDH en droit interne entraînera un accroissement du devoir de respect des droits de l'Homme par les particuliers.

460. La motivation des obligations imposées aux Etats est la coopération des autorités étatiques à l'objectif de respect des droits de l'Homme par tous. Cette technique jurisprudentielle permet aux organes strasbourgeois de passer outre les limites de leur compétence et de déléguer aux représentants de l'Etat le contrôle des comportements privés. L'intervention des juridictions nationales n'exclut cependant pas que la Cour européenne reconnaisse expressément l'existence de devoirs à la charge des particuliers.

[1698] K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1964, n° 486, pp. 249-250.

[1699] Cour EDH, arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre* du 13 juillet 2004, req. n° 69498/01 ; *RTD civ.* 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

SECTION II – L’AFFIRMATION CROISSANTE DE DEVOIRS INDIVIDUELS PAR LA COUR EUROPÉENNE

461. Les devoirs individuels procèdent essentiellement de l’application horizontale directe de la CEDH. Néanmoins, la jurisprudence européenne mentionne également l’existence d’obligations à la charge des individus. Cette précision est légitime s’agissant de la liberté d’expression puisque le paragraphe 2 de l’article 10 précise que cette liberté comporte « *des devoirs et des responsabilités* ». La Cour européenne a pourtant étendu les devoirs des individus à d’autres dispositions. Elle a également opté pour une autre technique consistant à exiger expressément des Etats qu’ils imposent à leurs ressortissants le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention. Ainsi, non seulement la jurisprudence strasbourgeoise témoigne de l’existence des devoirs individuels (§ I) mais la Cour impose aussi leur réglementation en droit interne (§ II).

§ I – L’ÉNONCIATION PRÉTORIENNE DE DEVOIRS

462. Si aucun devoir général de respect des droits de l’Homme n’est mis à la charge des individus par la Convention, l’article 10 § 2 prévoit que la l’exercice de liberté d’expression, qui comprend la liberté d’opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées[1700], n’est pas illimité. D’autres dispositions conventionnelles ont fait l’objet de limitations justifiées par le respect des droits d’autrui.

463. « *Quiconque exerce sa liberté d’expression assume “des devoirs et des responsabilités” dont l’étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé* »[1701]. La jurisprudence européenne a permis de préciser l’étendue de ces charges. La presse « *ne doit pas franchir certaines limites, s’agissant notamment de la protection de la réputation et*

[1700] Article 10 § 1 CEDH.

[1701] Cour EDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49 ; *JDI* 1977, p. 706, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 7. Selon la Cour, les devoirs du journaliste sont particulièrement importants en matière audiovisuelle car les médias y « *ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite* », Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, § 31 ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 36, obs. F. Sudre ; *RUDH* 1995, p. 1, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RUDH* 1955, p. 113, obs. M. Levinet ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet.

des droits d'autrui »[1702]. En dépit de la bienveillance que la Cour européenne témoigne aux journalistes, elle récuse « *l'interprétation unilatérale* » du droit à la liberté d'expression effectuée par certains médias, qui arguent du droit de leur lecteurs de tout savoir sur les personnages publics. Dès lors, « *toute personne, même connue du grand public, doit pourvoir bénéficier d'une "espérance légitime" de protection et de respect de sa vie privée* »[1703]. Les médias ont donc une obligation de respect de la vie privée, dont la vigueur varie en fonction de la contribution que les articles publiés apportent au débat d'intérêt général. Cependant, les devoirs et responsabilités du journaliste valent « *même s'agissant de questions d'un grand intérêt général* »[1704]. Ces charges sont également imposées à tous ceux qui contribuent à l'exercice de la liberté d'expression d'un individu comme, par exemple, les éditeurs. La Cour a considéré que « *si, en fournissant un support aux auteurs, les éditeurs participent à l'exercice de la liberté d'expression, en corollaire, ils partagent indirectement les devoirs et responsabilités que lesdits auteurs assument lors de la diffusion de leurs écrits* »[1705]. Il existe donc une interdépendance entre droits et devoirs issus de la liberté d'expression, une corrélation inhérente à l'exercice de la liberté d'expression qui s'applique à tous ceux qui participent à cet exercice.

464. La création artistique est également soumise aux restrictions de l'article 10 depuis l'arrêt *Müller c. Suisse* rendu le 24 mai 1988[1706]. En l'espèce, le peintre Josef-Felix Müller s'était vu confisquer des toiles, présentées dans le cadre d'une exposition d'art contemporain, au motif que la figuration de relations sexuelles entre hommes et animaux contrevenait à l'interdiction de publications obscènes. La Cour assura que « *l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10. Quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume en*

[1702] Cour EDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004, req. n° 59320/00, § 58 ; *RTD civ*. 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D*. 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

[1703] § 69.

[1704] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* du 17 décembre 2004, req. n° 49017/99, § 78 ; *RTDH* 2005, p. 385, obs. P. De Fontbressin.

[1705] Cour EDH, arrêt *Plon (Société) c. France* du 18 mai 2004, req. n° 58148/00, § 50 ; *JCP* 2004, I, 161, n° 12, obs. F. Sudre.

[1706] Cour EDH, arrêt *Müller c. Suisse* du 24 mai 1988, Série A, n° 133 ; *AFDI* 1989, p. 549, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1989, p. 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH* n° 57.

effet, selon les propres termes de ce paragraphe, des "devoirs et responsabilités" »[1707]. L'arrêt *Otto-Preminger-Institut*[1708] a permis aux juges de préciser les limites de la création artistique. En l'espèce, un film jugé provocateur par la communauté catholique avait été saisi par les autorités autrichiennes. La Cour rappela que l'exercice de la liberté d'expression entraîne des devoirs et des responsabilités. Or, « *parmi eux –dans le contexte des opinions et croyances religieuses- peut légitimement être comprise une obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »[1709]. L'artiste a donc l'obligation, lorsqu'il crée, de considérer et d'épargner les diverses croyances au risque d'être sanctionné, voire d'être accusé de ne pas contribuer au progrès de l'humanité ! Il doit ainsi éviter les « *expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices* »[1710]. Cependant, la Cour précisa que ceux qui manifestent leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. « *Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi* »[1711]. Les devoirs individuels ne sont donc pas unilatéraux. Chacun doit respecter les droits d'autrui, l'artiste en évitant d'outrager les fidèles, et les croyants en tolérant la critique.

465. Plus qu'une obligation précise c'est un devoir général de respect des droits d'autrui que la Cour impose et que justifie la nécessaire conciliation des divers intérêts. Les juges européens ont d'ailleurs étendu cette exigence à l'article 8, dont l'énoncé ne comporte aucun devoir ou responsabilité. Ainsi le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, par exemple le sado-masochisme, est limité par le « *respect de la volonté de la "victime"*[1712] *de ces pratiques dont le propre droit au libre choix quant aux modalités*

[1707] § 34.

[1708] Cour EDH, arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 22 septembre 1994, série A n° 295-A ; *RUDH* 1994, p. 441, note P. Wachsmann ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 38, obs. F. Sudre.

[1709] § 49.

[1710] Cour EDH, arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, req. n° 17419/90 ; *RTDH* 1997, p. 713, obs. J.-M. Larralde.

[1711] Cour EDH, arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 22 septembre 1994, préc., § 47.

[1712] L'affaire concernait des pratiques sado-masochistes.

d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect »[1713].

466. Les devoirs individuels peuvent en conséquence résulter d'une interdiction d'abuser des droits et libertés garantis par la Convention. L'idée que l'exercice d'un droit subjectif trouverait une limite dans son abus conduit « *à affirmer que, dans certains cas, il y aurait un devoir à ne pas user de son droit* »[1714]. En effet, si l'exercice de certains droits est sanctionné lorsqu'il est constitutif d'un abus, il semble, *a contrario*, qu'une certaine réserve est exigée des individus. L'article 17 de la Convention proscrit expressément l'abus de droit[1715], mais cette disposition n'a jamais été appliquée à des affaires où les enjeux peuvent être qualifiés d'horizontaux. Pourtant, la considération d'un exercice abusif des droits n'est pas absente des raisonnements européens[1716], elle est inhérente à la méthode du juste équilibre : « *le but du Droit étant la réalisation de l'harmonie sociale, son action consiste nécessairement à prévenir et à sanctionner une rupture d'équilibre* »[1717].

[1713] Cour EDH, arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005, req. n° 42758/98 et 45558/99§ 85 ; *JCP* 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2005, chron. 2973, M. Fabre-Magnan.

[1714] C. Lombois, *Introduction générale à l'étude du droit et du droit civil*, Paris, Litec, Cours de droit, 1993, p. 73.

[1715] « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ». L'article 17 est ainsi doté d'une effet « *guillotine* », qui permet de sanctionner l'abus de droit dès le stade de l'examen de recevabilité des requêtes individuelles : J.-F. Flauss, « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RUDH* 1992, p. 461, spéc. p. 464.

[1716] W.J. Ganshof Van Der Meersch, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les limites que leur assignent l'intérêt général et les droits d'autrui », *Bulletin de la classe des lettres et sciences morales et politiques*, 1985, p. 138. Le concept d'abus de droit est implicitement visé dans la clause des mesures nécessaires dans une société démocratique : A. Spielman et D. Spielmann, « La notion d'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *in L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles,* Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 58.

[1717] H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Préf. P. Roubier, Sirey, 1948, n° 23.

467. Saisis par un requérant témoin de Jéhovah, condamné pour prosélytisme abusif[1718], les juges européens ont énoncé que, « *dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et d'assurer le respect des convictions de chacun* »[1719]. Dès lors, le prosélytisme abusif qui « *peut revêtir la forme d'"activités [offrant] des avantages matériels ou sociaux en vue d'obtenir des rattachements à [une] Eglise ou [exerçant] une pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin", (…) voire impliquer le recours à la violence ou au "lavage de cerveaux", (…) ne s'accorde pas avec le respect dû à la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui* »[1720]. Il incombe donc à chacun de respecter les convictions des autres individus, en n'exerçant aucune pression abusive sur eux. Il est par conséquent possible de considérer que, par cet arrêt, la Cour a posé un véritable devoir individuel de respect de la liberté de pensée, de conscience et de religion d'autrui. Ce devoir interdit d'imposer ses convictions religieuses à autrui, tel que l'a rappelé la Cour européenne dans l'affaire *Pichon et Sajous*[1721]. En l'espèce, des pharmaciens avaient refusé de vendre la pilule contraceptive à des clientes et avaient, de ce fait, été condamnés par les juridictions françaises pour refus de vente. Les commerçants se plaignant d'une violation de l'article 9, la Cour leur répondit que, « *dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle* ». De même, à propos de l'abus de pouvoir par des officiers adeptes de l'Eglise pentecôtiste à l'encontre de simples soldats, peuvent être justifiées des mesures prises par l'Etat, « *pour mettre les hommes du rang à l'abri des pressions abusives que les requérants leur faisaient subir dans leur désir de promouvoir leurs convictions*

[1718] Cour EDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A ; *RTDH* 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 53.

[1719] § 33.

[1720] § 48.

[1721] Cour EDH, déc. *Pichon et Sajous c. France* du 2 octobre 2001, req. n° 49853/99 ; *JCP E* 2002, obs. J. Raynaud.

religieuses »[1722]. La manifestation de la liberté de pensée, de conscience et de religion est donc bridée par celle d'autrui et l'absence de respect de cette dernière peut être sanctionnée par les juridictions internes[1723].

468. L'arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*[1724] énonçant que « *dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser le droit de manifester* »[1725] peut également être analysé comme imposant un devoir de ne pas entraver la liberté de manifestation d'autrui. Cette décision est d'ailleurs citée par la Cour, dans une affaire relative à la liberté de religion, à l'appui de l'affirmation selon laquelle, lorsque des tensions apparaissent entre les différentes communautés religieuses, le rôle des autorités est de « *veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent* »[1726]. De même, l'Etat est tenu de protéger les individus contre les pressions abusives exercées par les syndicats[1727]. Toujours en matière syndicale, il semble que les grèves abusives puissent être interdites par l'Etat, afin de préserver les droits d'autrui, et plus particulièrement ceux de l'employeur[1728]. Enfin, l'arrêt *Gaskin contre le Royaume-Uni*[1729] précise que l'Etat « *doit toutefois sauvegarder, quand un*

[1722] Cour EDH, arrêt *Larissis c. Grèce* du 24 février 1998, req. n° 23372/94, 26377/94 et 26378/94, § 54 ; *RTDH* 1999, p. 575, obs. G. Gonzales ; *JCP* 1999, I, 105, n° 47, obs. F. Sudre.

[1723] Pour ceux qui sont convaincus d'être les destinataires d'une vérité qui leur a été révélée, c'est un devoir de la révéler : F. Rigaux, « La conception occidentale des droits fondamentaux face à l'Islam », *RTDH* 1990, p. 105 et s. ; P. Lambert, « Le XXIe siècle sera religieux ou ne sera (-t-il) pas ? », *in Liberté, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1067, spéc. p. 1079.

[1724] Cour EDH, arrêt du 21 juin 1988, série A n° 139.

[1725] § 32.

[1726] Cour EDH, arrêt *Serif c. Grèce* du 14 décembre 1999, req. n° 38178/97, § 53 ; Cour EDH, arrêt *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldavie* du 13 décembre 2001, req. n° 45701/99, § 123.

[1727] Cour EDH, arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, req. n° 15573/89 ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D.* 1997, jur., p. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *GACEDH*, n° 61

[1728] Cour EDH, déc. *Unison c. Royaume-Uni* du 10 janvier 2002, req. n° 53574/99 ; *D.* 2003, p. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; Cour EDH, déc. *Fédération des syndicats de travailleurs offshore et autres c. Norvège (Federation of Offshore Worker's Trade Unions c. norvège)* du 27 juin 2002, req. n° 38190/97 ; *D.* 2003, p. 939. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

[1729] Cour EDH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n°160 ; *RTDH* 1990, p. 62, obs. W.J. Ganshof van der Meersch ; *RGDIP* 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 15, comm. F. Sudre.

informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée »[1730]. L'obligation pour l'Etat d'empêcher les abus de droit témoigne d'une exigence de réserve et de respect des droits d'autrui à la charge de chacun.

469. Il semble donc manifeste que la jurisprudence européenne, en sanctionnant certaines situations litigieuses, a pour corollaire d'exiger un comportement individuel conforme aux prescriptions conventionnelles et plus précisément respectueux des droits et libertés de chacun. Les organes strasbourgeois n'omettent pas non plus de valider les obligations mises à la charge des individus par des autorités internes, lorsque ces exigences apparaissent légitimes. Ce fut le cas lorsqu'une étudiante turque se plaignit d'une violation de sa liberté de religion en raison d'une réglementation universitaire imposant une tenue vestimentaire spécifique et conditionnant la délivrance des diplômes à la remise d'une photographie d'identité tête nue[1731]. La Commission estima que la manifestation des rites et des symboles d'une religion peut constituer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas ladite religion ou sur ceux adhérant à une autre religion. Dès lors, « *les universités laïques, lorsqu'elles établissent les règles disciplinaires concernant la tenue vestimentaire des étudiants, peuvent veiller à ce que certains courants fondamentalistes religieux ne troublent pas l'ordre public dans l'enseignement supérieur et ne portent pas atteinte aux croyances d'autrui* ». C'est pourquoi la Commission conclut que « *le statut d'étudiant dans une université laïque implique, par nature, la soumission à certaines règles de conduite établies afin d'assurer le respect des droits et libertés d'autrui* ». Cette solution est conforme à l'exigence de respect par tous des droits d'autrui. En conséquence, cette contrainte doit pouvoir être légitimement inscrite dans un texte et contrôlée par les autorités internes.

470. Par ailleurs, la Cour a établi d'autres devoirs individuels, plus spécifiques, qui dépassent la simple exigence de respect des droits d'autrui. Appelée à se prononcer sur l'étendue du droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement[1732], elle précisa dès 1976 que, « *c'est en*

[1730] § 49.

[1731] Comm. EDH, déc. *Karaduman c. Turquie* du 3 mai 1993,, req. n° 16278/90.

[1732] Article 2 du protocole n° 1 ; Cour EDH, arrêt *Kjelden, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23 ; *GACEDH*, n° 55, comm. M. Levinet.

s'acquittant d'un devoir naturel envers leurs enfants, dont il leur incombe en priorité d'assurer (l')éducation et (l')enseignement, que les parents peuvent exiger de l'Etat le respect de leurs convictions religieuses et philosophiques. Leur droit correspond donc à une responsabilité étroitement liée à la jouissance et à l'exercice du droit à l'instruction »[1733]. Sur le fondement de l'article 8, elle constate également que la vie familiale est protégée, « *notamment le droit des parents à user de leur autorité sur leurs enfants, compte tenu de leurs responsabilités corrélatives* »[1734]. Les droits des parents, qu'il s'agisse de celui fondé sur l'article 2 du protocole n° 1 ou de ceux issus de l'article 8, s'accompagnent pour eux d'un devoir à l'égard de leurs enfants. Plus que cela, il semble même que le respect des droits soit ici conditionné par le respect des devoirs[1735]. Les enseignants doivent également assumer certains devoirs. En ce sens, la juridiction strasbourgeoise a été sollicitée afin de se prononcer sur l'interdiction faite à une institutrice de porter le foulard islamique dans l'école publique où elle exerce ses activités professionnelles[1736]. Considérant l'apparente contradiction entre le port du foulard imposé aux femmes par une prescription coranique et le principe d'égalité des sexes, la Cour affirma qu'il est « *semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves* ». Selon l'interprétation de la Cour, les enseignants ont le devoir de transmettre les principes devant être préservés dans une société démocratique.

471. La jurisprudence présentée permet de relever que les devoirs imposés par la Cour se justifient par la seule considération des droits et libertés d'autrui. Il y a un devoir de respect des droits de l'Homme parce qu'il existe une nécessité de concilier les droits de chacun. Aucun des devoirs prescrits n'est autrement justifié. Par ailleurs, il est intéressant de relever que l'arrêt *Van Hannover*[1737] se fonde sur une résolution de l'Assemblée

[1733] § 52.

[1734] Cour EDH, arrêt *Nielsen c. Danemark* du 28 novembre 1988, série A n° 144, § 61.

[1735] Voy. *infra*.

[1736] Cour EDH, déc. *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, req. n° 42393/98 ; AJDA 2001, p. 482, obs. J.-F. Flauss.

[1737] Préc.

parlementaire du Conseil de l'Europe[1738], dont l'article 16 (iii) invite les Gouvernements « *à encourager une plus grande promotion de l'éducation aux médias dans le cadre de l'éducation aux droits et devoirs de l'homme, afin de renforcer la sensibilisation des utilisateurs des médias à l'égard des exigences du respect de la vie privée* ». L'éducation aux droits de l'Homme est donc étroitement associée à celle des devoirs. Cette sensibilisation favorise l'effectivité des droits de l'Homme parce que « *même leur application rigoureuse par les organes de l'Etat laissera subsister un vide tant que les individus eux-mêmes ne prendront pas conscience de la nécessité de respecter les droits fondamentaux de toute personne dans la réalité de chaque jour* »[1739]. A défaut d'une telle prise conscience, la Cour enjoint parfois expressément aux Etats d'imposer aux personnes privées le respect des garanties conventionnelles.

§ II – LE DÉVELOPPEMENT DES INJONCTIONS INDIRECTES

472. « *Qu'est-ce qu'une obligation positive, sinon le devoir pour les gouvernants, quelque rang qu'ils occupent dans la Cité, de veiller à irriguer toutes les relations humaines de reconnaissance des droits et libertés affirmés par la Convention ?* »[1740]. Traditionnellement les arrêts européens prescrivent une obligation pour l'Etat de faire respecter les droits de l'Homme dans les relations privées, et il est possible d'en déduire, *a contrario*, un devoir de respect de ces droits par les particuliers[1741]. Cette interprétation a sans doute été jugée insuffisante par les juges européens qui, par deux arrêts de Grande Chambre, encouragent vivement les Etats à imposer et sanctionner le respect des droits de l'Homme par les personnes privées. La Cour européenne établit ainsi, indirectement, des obligations à la charge des individus.

[1738] Résolution 1165 (1998) sur le droit au respect de la vie privée.

[1739] S. Marcus Helmons « Quarante ans de Convention européenne pour la Belgique », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 279, spéc. p. 286.

[1740] A. Sériaux, L. Sermet et D. Viriot-Barrial, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, n° 102.

[1741] Voy. *supra*.

473. L'arrêt *Calvelli et Ciglio contre Italie* rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme le 17 janvier 2002[1742], dont les faits sont désormais connus, comporte une telle assertion. La Cour, après avoir classiquement rappelé que l'Etat a l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction, précise que ces obligations positives « *impliquent donc la mise en place par l'Etat d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leur malades* »[1743]. Les établissements de santé, publics ou privés, ont par conséquent l'obligation de préserver la vie de leurs malades, exigence qui trouve sa source dans l'obligation étatique de garantir le droit à la vie à toute personne relevant de sa juridiction. Une injonction directe à destination des personnes privées étant peu concevable, les juges européens imposent aux Etats l'adoption d'une législation qui elle-même doit imposer aux particuliers l'adoption de mesures propres à garantir le droit à la vie. Un devoir de respecter le droit à la vie, inscrit à l'article 2 de la CEDH, est donc indirectement imposé par la Cour européenne aux personnes physiques ou morales, professionnelles de la santé. En outre, le non respect de ce devoir doit pouvoir être sanctionné par les juridictions nationales. En effet, les obligations positives de l'Etat « *impliquent également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes* »[1744]. La sanction qui ne peut être prononcée à Strasbourg doit donc l'être, s'il y a lieu, dans l'ordre juridique interne. Ce qui est impossible pour la Cour européenne, sanctionner les individus, est donc imposé aux Etats. Les obligations étatiques permettent par conséquent de faire respecter les droits de l'Homme dans les relations horizontales y compris par l'imposition de devoirs à la charge des personnes privées[1745].

[1742] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002, req. n° 32967/96 ; *JCP* 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

[1743] § 49.

[1744] § 49.

[1745] V. également, Cour EDH, arrêt *Storck c. Allemagne* du 16 juin 2005, req. n° 61603/00 ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

474. Le 13 février 2003, *l'affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres contre Turquie*[1746] a permis à la Grande Chambre de la Cour européenne de réaffirmer l'exigence de respect des droits de l'Homme par les particuliers, alors que l'affaire n'avait aucun effet horizontal apparent. Le litige portait sur la dissolution d'un parti politique et l'interdiction faite aux dirigeants de cette formation d'exercer les mêmes fonctions au sein de tout autre parti, leurs activités et projets religieux ayant été jugés anticonstitutionnels. Les juges strasbourgeois procédèrent donc à l'examen de la nécessité des mesures adoptées dans une société démocratique, eu égard à la place de la religion dans le système de la Convention. La Cour rappela que « *le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'Etat quant à la légitimité des croyances religieuses et que ce devoir impose à celui-ci de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent* »[1747]. De cette première affirmation, il résulte un devoir de tolérance à la charge des différentes organisations religieuses, devoir dont le respect doit être contrôlé par l'Etat. En ce sens, si la libre manifestation d'une religion porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, les autorités nationales peuvent limiter cette liberté[1748]. Par exemple, l'Etat peut « *exiger de ses fonctionnaires actuels ou futurs, qui sont appelés à utiliser une parcelle de la souveraineté, un devoir de renoncer à s'engager dans (un) mouvement de fondamentalisme islamique* »[1749].

475. La Cour poursuit son raisonnement en précisant que « *le pluralisme et la démocratie se fondent sur un compromis exigeant des concessions diverses de la part des individus et des groupes d'individus, qui doivent parfois accepter de limiter certaines des libertés dont ils jouissent afin de garantir une plus grande stabilité du pays dans son ensemble* »[1750]. Ces affirmations sont analogues aux énonciations jurisprudentielles précédemment relevées, quant au devoir individuel de respect et de tolérance. Cependant, de manière plus inhabituelle, la Cour énonce que le pouvoir d'intervention de l'Etat est conforme

---

[1746] Cour EDH, Gde Ch., arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; *JCP* 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 54.

[1747] § 91.

[1748] § 92.

[1749] § 94.

[1750] § 97.

aux obligations positives issues de l'article premier de la Convention, lesquelles « *ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'Etat ou survenues dans des établissements publics, mais (…) visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'Etat* ». Dès lors, un Etat contractant à la Convention, « *en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie* »[1751]. Cet arrêt établit donc expressément un devoir de respect et de sauvegarde des droits d'autrui. Ce devoir exigé des personnes physiques ou morales se fonde sur les obligations positives de l'Etat. La présente espèce, et l'affaire *Calvelli et Ciglio*, énoncent en effet que c'est parce que l'Etat a des obligations positives de garantie des droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles, qu'il peut lui-même imposer le respect des droits et libertés garantis par la Convention.

476. Il faut rapprocher de ces deux arrêts, la jurisprudence de la Cour relative à l'exécution des décisions de justice intéressant deux particuliers. La particularité de ces affaires est que le respect des droits de l'Homme ne dépend pas du seul bon vouloir de l'Etat ; l'exécution de la décision peut nécessiter l'intervention personnelle d'une personne privée[1752]. La Cour ne peut pourtant admettre que le principe de prééminence du droit puisse être bafoué, fût-ce par un particulier. Aussi, elle requiert des autorités nationales l'infliction de sanctions pécuniaires à l'égard du débiteur récalcitrant, parce que l'Etat a l'obligation d'adopter toutes les mesures qui sont en son pouvoir. L'absence de sanction à l'égard du débiteur en raison du non-respect de décisions de justice définitives peut ainsi constituer un manquement de l'Etat à

[1751] § 103, souligné par nous. Pour une critique de cet arrêt, V. A. Supiot, « Les droits de l'Homme : mode d'emploi », *in Du droit du travail aux droits de l'humanité, Etudes offertes à Jean-Philippe Hesse*, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 421, spéc. p. 432 : L'auteur considère que « cet *arrêt réduit à rien la riche histoire de la pensée juridique musulmane et ferme ainsi toute idée d'acclimatation des droits de l'Homme aux valeurs de la loi musulmane. Ce faisant, il confère l'autorité de la chose jugée à l'interprétation de la loi de l'Islam défendue par les fondamentalistes musulmans. L'effet le plus sûr de l'interprétation fondamentaliste des droits de l'Homme est de nourrir en retour les fondamentalismes anti-occidentaux et d'engager ainsi les droits de l'Homme dans une guerre de religions* ».

[1752] V. *supra*.

ses obligations[1753]. De même, le respect du droit de visite et d'hébergement des enfants peut nécessiter une condamnation pécuniaire du parent qui s'y oppose. En ce sens, la Cour a constaté « *le fait que les autorités n'ont infligé qu'une seule sanction pécuniaire à l'ex-épouse du requérant suite aux plaintes pénales de ce dernier, tolérant pendant plus de dix ans son refus de respecter une décision de justice* »[1754] et déploré que l'amende, dont le montant était faible, n'ait pas été payée. Non seulement l'Etat doit sanctionner l'individu irrespectueux, mais la sanction doit être conséquente et persuasive. La Cour contrôle son efficacité. Les juges européens ont ainsi pu constater que « *les autorités nationales sont restées en deçà de ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles : la procédure d'exécution n'a débouché que sur une seule sommation adressée à la mère le 2 mars 2004 et très peu de mesures pratiques ont été prises en vue d'inciter les intéressés à prendre part à une thérapie familiale ou d'organiser un contact préparatoire, fût-ce à l'aide des sanctions infligées aux parents* »[1755]. Le particulier qui ne respecte pas une décision de justice ne doit pas le faire impunément : une telle attitude « *ne saurait demeurer sans conséquences pour ceux qui en sont responsables* »[1756]. La sanction exigée par la Cour européenne révèle ainsi un devoir de respecter les décisions internes définitives.

477. Le devoir de respect des droits de l'Homme par les particuliers semble donc se faire plus pressant. L'affirmation progressive d'un catalogue de devoirs, par la Cour européenne, n'est pas exclue[1757]. Par ces arrêts, la Cour étend considérablement l'influence de la Convention en droit interne et légitime les obligations de respect, par les personnes privées,

---

[1753] Cour EDH, arrêt *Rianu c. Roumanie* du 17 juin 2003, req. n° 34647/97, § 72 : « *Eu égard aux obligations incombant aux autorités, en tant que dépositaires de la force publique en matière d'exécution, la Cour relève que les autorités roumaines n'ont infligé aucune sanction aux débiteurs du chef du non-respect de décisions de justice définitives* ».

[1754] Cour EDH, arrêt *Lafargue c. Roumanie* du 13 juillet 2006, req. n° 37284/02.

[1755] Cour EDH, arrêt *Fiala c. République Tchèque* du 18 juillet 2006, req. n° 26141/03, § 103.

[1756] Cour EDH, arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, req. n° 78028 et 78030/01, § 183 ; *D.* 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre. La Cour a ensuite précisé, « *en dépit de ces dispositions législatives nationales, la Cour relève qu'aucune mesure n'a été prise afin de sanctionner le manque de coopération (d'un) établissement privé avec les autorités investies du pouvoir d'exécution des décisions d'adoption en cause. Elle note par ailleurs que le refus du directeur de CEPSB de coopérer avec les huissiers de justice n'a entraîné pour lui, depuis près de trois ans, aucune conséquence* », § 186.

[1757] A. Eide, « Human rights require responsabilities and duties », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 581, spéc. p. 596.

des dispositions conventionnelles. Elle parachève ainsi la transformation de la conception traditionnelle des droits de l'Homme intéressée par les seuls rapports entre l'Etat et les citoyens. Le texte de 1950 a non seulement été étendu aux relations de droit privé mais il permet désormais d'exiger des particuliers le respect de droits, qui devaient initialement les protéger contre l'Etat et ses représentants. L'individu n'est pas sujet de droit international mais en usant de l'artifice des obligations étatiques, la Cour le soumet aux prescriptions du texte européen. Elle va même jusqu'à exiger une sanction qu'elle ne peut elle-même infliger et pallie ainsi les limites de sa compétence. Cette audace jurisprudentielle ne doit cependant pas inquiéter puisque la coopération des particuliers est indispensable à l'effectivité des droits de l'Homme. D'ailleurs, comment un Etat pourrait-il assurer cette effectivité si les individus avaient l'opportunité de ne pas respecter les droits conventionnels ? Les deux arrêts présentés, qui bénéficient d'une autorité particulière puisqu'ils ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, consacrent l'étroite association entre droits de l'Homme et de devoirs de l'Homme. L'évolution du système européen des droits de l'Homme emporte ainsi une transformation de la conception traditionnelle des devoirs et tend à les humaniser.

CHAPITRE II

L'HUMANISATION DES DEVOIRS INDIVIDUELS

478. Contrairement à certaines conventions internationales ou régionales de garantie des droits de l'Homme, le texte européen n'a pas exigé de devoir quelconque des individus, corollaire des droits accordés. Hormis une incise ponctuelle[1758], rien dans le texte de Rome ne fait émerger de telles conditions aux droits garantis. La notion de devoir est depuis longtemps l'objet de controverses, particulièrement lorsqu'il s'agit de la relier aux droits de l'Homme. Plusieurs facteurs expliquent leur mise à l'écart tant dans les études doctrinales qu'au sein des déclarations protectrices des droits de l'Homme. La reconnaissance, dans les constitutions, de devoirs à la charge des individus n'a en effet jamais été bénéfique pour ces derniers. Cependant les devoirs résultant de l'effet horizontal et mis à la charge des individus au bénéfice des autres individus permettent de transformer l'approche traditionnelle de la question. C'est parce les devoirs européens ont pour bénéficiaire l'Homme, et non plus une entité abstraite et dominatrice, qu'ils contribuent à une « humanisation des devoirs de l'homme ».

479. Il convient par conséquent de relever les craintes et les controverses suscitées par le concept de devoir (Section I) avant de déterminer en quoi l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme peut contribuer à transformer la perception de cette notion (Section II).

[1758] Article 10 CEDH.

SECTION I – LA CRAINTE SUSCITÉE PAR LES DEVOIRS

480. Des antécédents constitutionnels peu glorieux ont fait prévaloir les devoirs sur les droits. Les motivations sont variées mais les effets sont identiques : l'anéantissement des droits et donc de l'individu. Les exemples sont connus, il s'agit de la doctrine marxiste d'une part, et des régimes fasciste ou national-socialiste, d'autre part. La crainte de l'affirmation de devoirs est alors justifiée par les périls qu'elle entraîne (§ I). Outre ces références historiques, la notion de devoir est controversée et oppose partisans et adversaires d'une reconnaissance explicite de ces exigences (§ II).

§ I – UN CONCEPT DANGEREUX

481. Il importe de retracer succinctement les voies empruntées par les gouvernants pour affirmer l'existence de devoirs. La doctrine marxiste annonce la libération de l'individu, la conquête de la liberté. Avant que ne soit réalisée la mutation révolutionnaire convoitée, toute l'humanité, sans exception, est aliénée[1759]. Or, pour parvenir à cet objectif, des concessions immédiates et durables doivent être faites. L'homme est au service du parti et les droits reconnus sont indissociables des devoirs correspondants. Ainsi l'article 59 de la Constitution de l'URSS de 1977, issu du chapitre « *droits, libertés et devoirs fondamentaux des citoyens de l'URSS* », affirme que « *l'exercice des droits et libertés est inséparable de l'exécution de ses devoirs par le citoyen. Le citoyen de l'URSS est tenu de se conformer à la Constitution de l'URSS et aux lois soviétiques, de respecter les règles de la vie en société socialiste et de porter dignement le haut titre de Citoyen de l'URSS* ». Les implications et les dérives de ce devoir sont aisément perceptibles notamment quant à la liberté d'expression. L'article 66 oblige également les parents à faire de leurs enfants « *de dignes membres de la société socialiste* ». Les devoirs en vue d'une libération ne sont alors qu'anéantissement de la personnalité[1760].

[1759] V. l'étude de J. Freund, « L'aliénation », *in Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 615.

[1760] Y. Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 42-45 et 120-121.

482. L'Etat fasciste ou national-socialiste a usé quant à lui des devoirs, non pas pour désaliéner les hommes, mais parce que seul l'intérêt de la collectivité prime. Le droit « *c'est ce qui sert le peuple allemand ; l'injustice c'est ce qui lui porte dommage* »[1761]. Le devoir premier devient alors celui de la délation[1762]. Le gouvernement de Vichy n'était pas en reste en affirmant la suprématie des communautés sur l'individu, qu'il s'agisse de la famille, des professions ou de la nation, et en imposant aux citoyens l'obligation d'être en parfaite harmonie avec le groupe et son chef[1763]. L'individu est donc nié et les devoirs servent le dessein totalitaire.

483. Ces exemples historiques ne peuvent que justifier une appréhension à l'égard d'une reconnaissance officielle de devoirs. L'Espagne franquiste, la Grèce des colonels ou le Chili de Pinochet ont pareillement favorisé les devoirs au détriment des droits de l'Homme[1764]. Il convient également d'évoquer les constitutions africaines, actuellement en vigueur, valorisant les devoirs au préjudice des droits, même si les situations ne sont absolument pas comparables avec les régimes exposés précédemment. La conception communautaire privilégiée en Afrique est la réponse à l'individualisme prôné par les colonisateurs, et demeuré une vaine espérance pour les colonisés[1765]. La mise entre parenthèses des droits de l'Homme est alors justifiée par l'objectif de développement économique auquel chacun doit se consacrer. Ces droits peuvent encore être masqués par la consécration des droits du peuple[1766] ou la célébration excessive des traditions et coutumes.

1761 Propos tenus par le Ministre de l'intérieur Frick devant un congrès de juristes allemands le 3 octobre 1933, cité par Y. Madiot, *op. cit.*, p. 47.

1762 La dictature portugaise de Salazar et la Tchécoslovaquie, après 1968, instituaient également de telles obligations.

1763 Y. Madiot, *op. cit.*, p. 47.

1764 F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 7ème éd., 2005, n° 21. V. également, N. Rouland, « La doctrine juridique chinoise et les droits de l'Homme », *RUDH* 1998, p. 1, spéc. p. 12 et s.

1765 Y. Madiot, *op. cit.*, p. 123.

1766 Y. Madiot expose le succès international et les dangers d'une telle formulation des droits ; en effet, « *comment un individu pourrait-il revendiquer des droits alors qu'il les possède tous en étant un élément de ce peuple ? Une telle revendication porte un nom : c'est une trahison qui justifie que soient prises contre celui qui revendique toutes les mesures de répression, y compris les plus graves* », *op. cit.*, p. 124.

484. La Charte africaine des droits de l’Homme et des peuples, adoptée par l'Organisation de l'Unité africaine le 27 juin 1981[1767], conjugue droits et devoirs, droits de l’Homme et droits du peuple. Or, la subordination des droits de l’Homme aux droits du peuples aboutit, selon le doyen Madiot, à une collectivisation des droits fondamentaux et à l'écrasement des droits de l'individu[1768]. De même, les devoirs consacrés laissent sceptiques. L'article 10 § 2 énonce que « *nul ne peut être obligé de faire partie d'une association (…) sous réserve de l'obligation de solidarité prévue à l'article 29* », laquelle impose de « *préserver et de renforcer la solidarité sociale et nationale, (…) de veiller à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives (…) de contribuer à la promotion de la santé morale de la société* ». Ainsi que l'observait le doyen Madiot, une telle prescription peut aisément justifier le syndicat ou parti unique, ou la suppression de la liberté d'expression[1769]. En outre, la Charte prohibe l'esclavage mais ne mentionne pas l'interdiction du travail forcé et obligatoire. Elle impose même, en son article 29 § 6, l'obligation de travailler et « *de s'acquitter des contributions fixées par la loi pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société* ». La protection contre le travail forcé n'est donc pas certaine[1770]. De fait, la Charte africaine est un « *projet commun de société, du moins une esquisse de projet, pour toute l’Afrique, ce qui expliquerait la richesse comme les ambiguïtés, les silences ou les lacunes et les limites du texte* »[1771]. Néanmoins, certaines critiques doivent être atténuées en raison du particularisme des traditions africaines au regard des traditions européennes. D’une part, la Charte repose sur le principe de solidarité sociale, d’autre part, certaines dispositions peuvent trouver une justification dans les problèmes locaux, tel l’article 29 rédigé afin de prévenir la fuite des cerveaux dans les pays africains[1772]. En dépit de ces explications, le professeur Mbaya n’exclut pas que la notion des droits décrits « *ne soit*

[1767] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l’Homme*, préc., n° 76-77.

[1768] Y. Madiot, *op. cit.*, p. 126.

[1769] Y. Madiot, o*p. cit.*, pp. 126-127.

[1770] F. Sudre, *op. cit.*, n° 140.

[1771] E.-R Mbaya, « Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte africaine des droits de l’Homme », *in Les devoirs de l’homme, De la réciprocité dans les droits de l’Homme*, préc., p. 35, spéc. p. 40.

[1772] E. R-Mbaya précise que le préambule de la Charte « *souligne avec force une approche intégrationniste et “développementaliste” des droits de l’Homme* » ; De même, l’auteur considère que la Charte africaine doit être distinguée de l’approche marxiste des droits de l’Homme, la première révélant une conception « *morale ou spirituelle des droits* » tandis que la seconde est délibérément matérialiste, *op. cit.*, p. 39.

déformée par certains régimes du continent » ou que le concept de devoir « *ne soit utilisé pour limiter les droits de l'Homme* »[1773].

485. Par-delà les sinistres exemples de l'imposition de comportements aux citoyens d'un Etat, ou ceux suscitant de légitimes inquiétudes, l'idée d'une reconnaissance officielle de devoirs est controversée.

§ II – UN CONCEPT CONTROVERSÉ

486. Avant l'inscription problématique des devoirs de l'homme dans les constitutions de certains Etats, s'était posé le problème de leur insertion dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen en 1789, question qui fit l'objet d'une authentique discussion de fond[1774]. Les partisans de la mention expresse de devoirs, représentés par l'Abbé Grégoire, arguaient de la nécessité d'inscrire les contraintes inhérentes à la coexistence de l'individu avec ses pareils[1775]. Les adversaires d'une telle position, au premier rang desquels se trouvait Sieyès, étaient motivés, non pas par les seules connotations et implications religieuses d'une telle affirmation[1776], mais également par le fait que les devoirs sont inhérents à la reconnaissance des droits ; « *la réciprocité de chacun envers ses semblables suffit à en rendre compte : j'ai des devoirs envers autrui dans la mesure où je lui reconnaît les même droits qu'à moi. Il n'y a donc en vérité que des droits, dont les devoirs représentent un cas de figure*

[1773] E.-R. Mbaya, *op. cit.*, p. 54.

[1774] S. Rials, *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, Hachette Littératures, coll. Pluriel, 1989, p. 162 ; M. Gauchet, « droits de l'Homme », *in* F. Furet et M. Ozouf (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Chapitre 4, *Idées*, Flammarion, coll. Champs, 1992, p. 121, spéc. p. 131 ; J.-P. Nandrin, « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'Homme », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, Face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75.

[1775] Selon l'abbé Grégoire, « *il est principalement essentiel de faire une déclaration des devoirs pour retenir les hommes dans les limites de leurs droits. On est toujours porté à les exercer avec empire, toujours prêt à les étendre, et les devoirs on les néglige, on les méconnaît, on les oublie. Il faut établir un équilibre, il faut montrer à l'homme le cercle qu'il peut parcourir, et les barrières qui peuvent et doivent l'arrêter* » ; cité par S. Rials, *op. cit.*, p. 162.

[1776] Il existait une crainte de voir les représentants du clergé et les conservateurs saisir l'opportunité d'une déclaration des devoirs pour rappeler ceux que tout homme a envers Dieu, et donc envers le Roi, dépositaire de son autorité dans la Nation ; B. Janneau, *op. cit.,* p. 299.

*particulier dans l'espace interpersonnel. Il est possible, en d'autres termes, de recomposer intégralement une société à partir de ces seuls éléments que forment les prérogatives "naturelles" des individus qui la composen*t »[1777].

487. Le rejet, en 1789, d'une énumération des devoirs de l'homme doit cependant être nuancé[1778]. D'une part, la déclaration est un texte inachevé en raison de la volonté unanime de se consacrer à la rédaction de la Constitution, d'autre part l'existence de devoirs n'est pas exclue. Il est en effet indiqué dans le Préambule que la Déclaration « *constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs* ». De même, l'article 4 affirmant que « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » oblige les individus à une certaine réserve[1779].

488. L 'absence de réflexion approfondie sur les devoirs, à laquelle la doctrine ne serait pas étrangère[1780], a conduit à laisser les droits à l'écart des devoirs. La suspicion initiale a en outre été confortée par les régimes ayant fait prévaloir les devoirs sur les droits. Le problème s'est posé de savoir si les devoirs résultaient des droits. Selon Maurice Hauriou les droits sont des pouvoirs juridiques et les devoirs, des obligations morales, dès lors il n'y a pas de rapport direct entre les deux notions. Ainsi « *les droits de l'Homme ne sont point coordonnés aux devoirs de l'homme par une harmonie préétablie* »[1781]. Jean Rivero établit un rapport entre droits et devoirs, mais une relation qu'il est inutile de proclamer. « *Le respect de l'autre, inhérent à la formulation des droits suffit à fonder l'éthique minimum dont une société ne peut se passer, sans que soit nécessaire une certaine formulation des devoirs qui dépasse l'ordre juridique pour relever des exigences supérieures de la conscience* »[1782]. Les devoirs

---

[1777] M. Gauchet, *loc. cit.*

[1778] M. Gauchet, *loc. cit.*

[1779] D. Colard ajoute à cette liste les articles 1, 5, 10, 12 ; « Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme », *in Les devoirs de l'homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc., p. 19.

[1780] B. Jeanneau, « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, *op. cit.*, spéc. p. 302.

[1781] M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Sirey, 1929, pp. 634-635.

[1782] J. Rivéro, « La déclaration de 1789 : Mort et transfiguration », *LPA*, n° spécial, 14 juillet 1989.

sont reconnus, mais renvoyés à la morale individuelle de chacun[1783]. Dès lors, ils n'ont pas leur place dans un texte constitutionnel[1784].

489. La connotation morale du terme justifie les réticences des jurisconsultes. Pourtant, beaucoup d'impératifs moraux sont adoptés par le droit, car conformes à la justice[1785]. En ce sens, le droit se renouvelle aux sources de la morale[1786]. Dès lors, « *ne tend-on pas, dans une société civilisée, à développer le plus possible l'aspect moral du droit, et ne serait-ce pas un idéal à proposer aux hommes de notre époque de réaliser, par la voie juridique, les aspirations de la justice naturelle ?* »[1787]. Par ailleurs, écarter les devoirs des déclarations en raison de leur connotation morale n'exclut pas de retrouver cette dernière dans la jurisprudence[1788].

490. En outre, il y aurait dans le refus de la doctrine de formuler des devoirs une « *coquetterie littéraire* »[1789], une crainte de sombrer dans l'affirmation de banalités. En effet, la Constitution de l'an III comporta une déclaration de devoirs dont le contenu n'est pas exempt de fadaises. Par exemple, l'article 2 du chapitre relatif aux devoirs énonce « *que tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs : Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fît ; faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir* »[1790]. Les formulations peu convaincantes employées par les Thermidoriens conduiront à un abandon de ce type de

---

[1783] B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 296.

[1784] En ce sens également, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, « La responsabilité, face cachée des droits de l'Homme », *in* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, Face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 2 et s., spéc. p. 3.

[1785] B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 303 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ème éd., 1931 ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.

[1786] F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1915, t. 2, p. 350.

[1787] P. Roubier, *op. cit.*, p. 100 ; l'auteur cite en ce sens la consécration des devoirs résultant d'un lien de filiation naturelle, que la loi ne permettait pas de reconnaître expressément.

[1788] Cour EDH, *arrêt Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, req. n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93 ; *RTDH* 1997, p. 733, obs. M. Levinet ; *JCP* 1998, I, 107, n° 34, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 1997, p. 1013, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 1998, p. 97, note J.-M. Larralde.

[1789] B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 304.

[1790] J Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 1988.

déclaration[1791]. La difficulté étant en fait de formuler le contenu de ces devoirs et leurs limites, de déterminer la conduite exigée.

491. Pourtant, on constate une résurgence des devoirs au sein de constitutions récentes, en réaction aux excès de l'individualisme ou en considération des développements technologiques et de l'ouverture de la société sur la monde extérieur[1792]. Sont alors consacrés les vertus familiales, les valeurs du travail, le respect de l'environnement et du patrimoine public. Enfin, la fraternité est parfois citée, entendue comme le rejet de toute discrimination et l'exigence de tolérance. Les devoirs sont alors tournés vers la collectivité. En ce sens, l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme énonce que « *l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ; dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ; ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations unies* »[1793]. Selon René Cassin, la Déclaration est « *attentive à n'énoncer des devoirs et obligations d'ordre juridique que dans la mesure où cela ne contredit pas le vaste programme d'action et de justice en faveur des droits et libertés et de la dignité des êtres humains* »[1794]. Les devoirs présentés permettent d'empêcher l'exercice abusif et arbitraire des droits. L'alinéa 2 du Préambule de la Convention américaine des droits de l'Homme affirme également que « *l'accomplissement du devoir de chacun est une condition préalable au droit de tous. Droits et devoirs se complètent corrélativement, dans toutes les*

[1791] J.-M. Augustin, « L'histoire de la propriété entre droits et devoirs », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 137, spéc. p. 139. Le Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 imposait également certains devoirs aux citoyens. Le préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère la Constitution de 1958, précise que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

[1792] B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 306 et s.

[1793] A propos de cette phrase, R. Cassin estime qu'il « *n'est pas sûr que la rédaction improvisée de ce texte soit heureuse ; en tout cas, elle ne paraît pas devoir faire obstacle à la liberté d'expression et de critique des individus tant en ce qui concerne l'organisation que le fonctionnement des Nations Unies* » ; R. Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme », *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne*, Paris, Ed. A. Pedone, 1968, p. 479, spéc. p. 485

[1794] R. Cassin, *loc. cit*.

activités sociales et politiques de l'homme ». A l’occasion du cinquantenaire de la DUDH, l’Assemblée Générale des Nations Unies a adopté une déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l’Homme et les libertés fondamentales universellement reconnus[1795]. Beaucoup de dispositions sont consacrées à la promotion des droits de l’Homme[1796], mais certaines établissent expressément l’interdiction de violation de ces droits par les individus[1797]. Enfin, dans l’enceinte de l’Union européenne, la Charte des droits fondamentaux[1798] précise dans son préambule que « *la jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l’égard d’autrui qu’à l’égard de la communauté humaine et des générations futures* ».

492. Beaucoup d'auteurs se réjouissent de cette évolution[1799]. Le doyen Yves Madiot s'est attaché à réhabiliter les devoirs en souhaitant un équilibre entre les droits et les devoirs avant que ceux-ci ne finissent, par « *un choc frontal* » par détruire ceux-là. Or, fonder les devoirs sur des fonctions collectives permettrait d'atteindre cet équilibre[1800]. Il constate pourtant qu' « *étudier les devoirs, au moins dans la conception libérale, n'est guère “porteur”. Les tables analytiques des ouvrages consacrés aux libertés, souvent, n'en font pas mention et l'auteur qui persiste à vouloir s'y intéresser court plusieurs risques : ceux de verser dans un moralisme fade, d'être accusé de délaisser les droits au profit des devoirs et,*

[1795] Résolution 53/144 adoptée le 9 décembre 1998.

[1796] Le préambule précise également que c’est à l’Etat qu’incombent la responsabilité première et le devoir de promouvoir et de protéger les droits de l’Homme.

[1797] En ce sens, l’article 10, d’application générale, et l’article 11, visant le respect des droits dans le cadre de l’exercice d’une profession. L’article 10 énonce : « *Nul ne doit participer à la violation des droits de l’Homme et des libertés fondamentales en agissant ou en s’abstenant d’agir quand les circonstances l’exigent, et nul ne peut être châtié ou inquiété pour avoir refusé de porter atteinte à ces droits ou libertés* ». Le devoir de protéger les droits de l’Homme implique-t-il un droit à la désobéissance civile ?

[1798] Proclamée à Nice le 7 décembre 2000.

[1799] B. Jeanneau, *op. cit.* ; J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrétien, 1993, p. 66 ; C. Leclercq, *Libertés publiques*, Litec, 1991, p. 65.

[1800] Y. Madiot, « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l’Homme », *in Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 209-227 ; *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, op. cit.*

pourquoi pas, d'être un auteur répressif, voire fasciste »[1801]. René Cassin était sensible à la question des devoirs de l'homme[1802], mais l'élaboration de la déclaration faisant suite à l'horreur, le texte de 1948 devait être une protestation solennelle contre la tyrannie illimitée de l'Etat[1803]. Karel Vasak s'est également préoccupé de la question des devoirs de l'Homme. Il a rédigé, à partir d'une synthèse des devoirs figurant dans les constitutions et les instruments internationaux, un avant-projet de déclaration universelle des devoirs de l'Homme[1804]. Le préambule énonce la nécessité de donner un contenu précis aux devoirs de l'homme dans toutes leurs dimensions. Le projet comporte douze articles, dont les deux premiers contiennent la substance de ce projet. L'article premier précise que « *tout individu a des devoirs envers soi-même, sa famille et ses semblables, envers son environnement naturel et culturel et envers la communauté nationale et internationale dans laquelle seul le libre et le plein épanouissement de sa personnalité est possible* » ; la deuxième disposition indique que « *tout individu doit exercer ses droits et libertés en étant conscient que chaque droit et liberté comporte un devoir correspondant et que leur exercice entraîne des responsabilités envers soi-même, la famille, l'environnement naturel et culturel et envers la communauté nationale et internationale* »[1805]. Ce texte, selon l'auteur lui-même, a été maintes fois critiqué[1806]. L'inutilité d'une telle déclaration, le danger d'une régression et d'une récupération des

---

[1801] Y. Madiot, « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'Homme », *op. cit.*, spéc. p. 209. Une étude relative aux devoirs dans la CEDH a en outre été effectuée ; A. Berthe, *Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Lille II, 2000.

[1802] R. Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme », *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'Homme et de l'unification européenne*, Paris, Ed. A. Pedone, 1968, p. 479 ; G. Cohen-Jonthan, « René Cassin et la conception des droits de l'Homme », *RDH* 1985, n° spécial René Cassin, p. 68, spéc. p. 76 ; M. Agi, *René Cassin, Fantassin des droits de l'Homme*, éd. Plon, 1979, p. 336.

[1803] R. Cassin, *op. cit.*, p. 481 . T. McCarthy, « Human rights and human duties, do we need a declaration of human responsabilities ? Some personal observations », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 655, spéc. 656.

[1804] K. Vazak, « Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'homme, introduction et texte », *in Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, 1987, Université de Fribourg, Suisse, p. 9 et s.

[1805] Le projet de déclaration comporte six chapitres : Devoirs envers soi-même ; Devoirs envers la famille ; Devoirs envers les autres ; Devoirs envers l'environnement naturel et culturel ; Devoirs envers la communauté nationale ; Devoirs envers la communauté internationale.

[1806] K. Vasak, *op. cit.*, p. 13.

devoirs au profit des Etats et au détriment des droits, enfin, un excès de paternalisme[1807] ont motivé ces critiques [1808].

493. La controverse relative aux devoirs de l'homme résulte davantage de l’opportunité de leur inscription et de leur description que de leur existence. Les devoirs existent dans le système conventionnel, la jurisprudence européenne relative à l’effet horizontal l’atteste. Or, l’association des droits de l’Homme et des devoirs de l’Homme doit favoriser un renouvellement de la perception de la notion de devoir, permettant de dépasser la connotation péjorative de ce concept.

SECTION II – LA PERCEPTION RENOUVELÉE DES DEVOIRS

494. La reconnaissance de devoirs individuels par les organes européens transforme la question des devoirs et des droits de l’Homme. Lorsqu’elle est employée par la Cour européenne, la notion de devoir, souvent décriée, semble répondre à l’exigence de pondération des intérêts et de juste équilibre entre les droits et libertés. A l’inverse, l’exaltation des droits de l’Homme, fréquemment dénoncée, est tempérée par l’énonciation de devoirs individuels. Aussi convient-il de rechercher pourquoi les devoirs que l’effet horizontal de la CEDH contribue à ériger sont mesurés (§ I) et permettent de combattre l’individualisme exacerbé habituellement associé aux droits de l’Homme (§ II).

§ I – LA MODÉRATION DES DEVOIRS INDIVIDUELS

495. Au regard des devoirs qui ont été tragiquement exigés dans certains Etats européens, il apparaît que les devoirs individuels résultant de l’effet horizontal sont modérés. Restreintes, les exigences sont également éloignées de tout excès. La pondération et la mesure les caractérisent puisque, ainsi que nous l’avons relevé, les devoirs imposés sont ceux de

---

[1807] T. McCarthy, « Human rights and human duties, do we need a declaration of uman responsabilities ? Some personal observations », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l’Homme à l'aube du XXIe siècle,* Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 655, spéc. 667.

[1808] P. Meyer-Bisch et J.-P. Durand, « Liminaire-Avertissement », *in Les devoirs de l’Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, p. 3.

tolérance et de respect des droits d'autrui. Afin de s'en convaincre, et eu égard aux connotations négatives de la notion, il convient de délimiter l'acception « devoir ».

496. Certaines définitions ont été proposées afin de préciser le concept de devoir. Ainsi, on peut entendre « *par devoirs ou obligations des personnes, les règles juridiques ou morales dont l'individu doit, ou croit devoir, tenir compte lorsqu'il exerce positivement ou négativement ses droits, entendus comme des pouvoirs de choix* »[1809]. Le devoir de l'homme peut également être interprété comme « *une responsabilité incessible de chacun à l'égard du droit de tout homme, du seul fait qu'il est homme* »[1810]. Sans contester la valeur des définitions présentées, la première paraît dépasser les exigences européennes issues de l'effet horizontal, tandis que la seconde correspond à une interprétation plus philosophique de la notion. C'est pourquoi, il est possible, afin de préciser la particularité des devoirs résultant de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme, de recourir à la présentation de la notion de devoir effectuée par le Doyen Roubier[1811].

497. En droit privé français, le devoir est traditionnellement défini comme « *souvent synonyme d'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex., devoir de réparation à la charge du responsable)* »[1812]. La notion est peu usitée. Là encore la connotation morale du terme n'est pas étrangère à son absence. Le doyen Roubier s'est employé à démontrer l'usage abusif du terme obligation et par-delà le sous-emploi de l'acception devoir[1813]. Selon lui, deux occurrences démontrent l'abus du terme obligation entendu comme droit de créance. La notion d'obligation n'étant pas adéquate pour décrire ces situations juridiques, seul le terme devoir serait approprié.

[1809] A. Berthe, *Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, préc., p. 19.

[1810] P. Meyer-Bisch et J.-P. Durant, « Liminaire-avertissment », *in Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, 1987, Université de Fribourg, Suisse, p. 4.

[1811] P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques,* Dalloz, 1963.

[1812] G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Devoir.

[1813] P. Roubier, *op. cit*.

498. En premier lieu, l'auteur réfute l'emploi de la notion d'obligation dans les rapports de responsabilité civile. Ainsi, Planiol, lors de sa recherche des fondements de la responsabilité civile, mit en avant la faute. Cette faute résulte, selon ce dernier, d'un manquement à une obligation contractuelle ou d'un manquement à une obligation légale de prudence ou de négligence, constitutif d'une faute d'imprudence ou de négligence au sens des articles 1382 et suivants du Code civil. Or, selon Roubier, en donnant au mot obligation son sens traditionnel de droit de créance, on aboutissait à une inexactitude juridique. L'obligation de prudence ou de diligence ne peut rendre chacun à la fois débiteur et créancier d'autrui. De telles obligations qui existent dans le patrimoine de chacun ne sont pas chiffrables et ne peuvent être traitées comme des créances véritables. Il n'y pas de créance donc aucun rapport d'obligation.

499. En second lieu, selon Roubier, les droits réels, plus particulièrement le droit de propriété, ne peuvent engendrer une « obligation passive universelle » à la charge de tous ceux qui sont face au propriétaire. L'acception d'obligation universelle ne peut pas correspondre à une relation de créancier à débiteur qui est beaucoup plus précise. Ce n'est donc pas d'une obligation ou d'une dette dont il s'agit mais d'un devoir de respect des biens d'autrui[1814]. Ces remarques préliminaires permettent au Doyen Roubier d'affirmer que le terme de devoir a l'avantage d'éviter de « *forcer le sens du mot obligation* », c'est à dire de créance.

500. Par conséquent, selon P. Roubier, le devoir juridique, à l'inverse de la créance, ne peut être compté au passif de celui qui en est tenu[1815]. C'est pourquoi il existe en ce sens des devoirs en droit français[1816], dont le régime de sanction est la responsabilité civile. Ainsi en est-il de l'obligation alimentaire dans la famille qui n'est qu'une éventualité abstraite tant qu'il n'y a d'une part ni état de besoin, d'autre part ni état de ressource. En ce sens, tel que dans l'exemple cité, « *dans tout devoir juridique, on reconnaîtra ainsi le principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* »[1817]. De même, l'article 1382 est fondé

[1814] Sur ce point la critique de Paul Roubier n'est pas isolée ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, paris, 1952, p. 186 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris, 1955, n° 166, p. 193.

[1815] P. Roubier, *op. cit.*, p. 102.

[1816] Paul Roubier reprend également la distinction effectuée par Demogue entre obligation de moyen et obligation de résultat pour lui substituer celle de devoirs de diligence et devoir de garantie, pp. 120-121.

[1817] P. Roubier, *op. cit.*, p. 102.

sur le devoir juridique de ne pas causer de dommage à autrui. Le devoir se transformera en dette si les conditions de la responsabilité sont remplies. C'est une dette éventuelle, une menace de dette. Or, pour qu'elle puisse intégrer le patrimoine d'une personne, il faut que l'éventualité se réalise[1818].

501. C'est en ce sens, semble-t-il, qu'il faut comprendre le devoir de respect des droits de l'Homme imposé aux particuliers par le mécanisme de l'effet horizontal. Il ne s'agit pas d'une obligation dont chacun serait créancier et débiteur. En droit privé français, le terme obligation désigne « *le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles* »[1819]. C'est un lien de droit en vertu duquel une personne doit quelque chose à l'autre. Pour le créancier, l'obligation représente une valeur active de son patrimoine, tandis que pour le débiteur, elle correspond à une valeur passive. Le créancier, en droit d'exiger une prestation de son débiteur, dispose d'un droit sur le patrimoine de ce dernier. Le débiteur doit et le créancier a un droit[1820]. Le devoir résultant de l'effet horizontal ne répond pas à cette logique, puisque ce devoir ne crée aucun droit sur le patrimoine d'autrui, ne crée aucun lien de droit. Il n'y a pas de débiteur ayant à faire quelque chose pour un créancier ou à lui remettre quelque chose[1821]. Personne n'est tenu d'une prestation[1822].

[1818] Selon l'auteur, la violation d'un droit subjectif se doublerait toujours d'une infraction à un devoir juridique, donc il existe un devoir général pour toute personne de respecter tous les droits d'autrui. Dès lors se pose le problème de savoir si seule l'action en responsabilité demeure pertinente, aux détriments des autres régimes de sanction. En effet, si on affirme qu'il existe un devoir général de respect, l'action en responsabilité devrait suffire à sanctionner toutes les fautes. Mais l'action spéciale conserve un intérêt pour deux raisons. En premier lieu, s'agissant par exemple d'un incendie volontaire, il n'y a pas méconnaissance du droit de propriété car il n'y a ni intention de s'approprier le bien en cause ni contestation du droit du propriétaire. L'action spéciale recouvre son intérêt s'il y a contestation sur l'existence d'un droit. En deuxième lieu, le droit de créance, exigible contre une personne, rend inutile une action en responsabilité car le créancier bénéficie déjà d'une autre action pour faire valoir son droit subjectif contre son débiteur. En dernier lieu, l'effet des actions peut être différent ; op. cit., pp. 107 et s.

[1819] A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Monstchrétien, coll. Domat, 10ème éd. 2005, n° 1.

[1820] J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 4, *Les Obligations*, 22ème éd. Refondue, PUF, coll. Thémis, 2000, n° 313.

[1821] Ph. Malurie, L. Aynès, PH. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2ème éd., 2005, n° 1.

[1822] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2005, n° 1.

502. Le Doyen Carbonnier relevait également l'emploi trop vague du mot obligation et qualifiait de « *devoirs juridiques* », les devoirs qui, sans impliquer des rapports de débiteur à créancier, sont sanctionnés par l'Etat et ses tribunaux en cas d'inobservation[1823]. Parmi ces devoirs, il distinguait les « *devoirs absolus* »[1824] établis dans l'intérêt de tous ou, du moins, dans un intérêt indéterminé. Il en est ainsi du devoir des parents de surveiller leur enfant mineur ou du devoir de l'automobiliste de rouler à droite. Les devoirs issus de l'effet horizontal correspondent à cette occurrence puisqu'ils ne sont effectivement établis en faveur d'aucun individu déterminé, mais de tous. C'est uniquement si ce devoir n'est pas respecté et qu'il en résulte un dommage pour quelqu'un, que naîtra un rapport d'obligation. Ainsi, selon la jurisprudence européenne fondée sur l'article 10 de la CEDH, le journaliste doit respecter la vie privée d'autrui. Il n'y a pas d'obligation au sens technique du terme, parce qu'il n'y a pas de bénéficiaire déterminé, individualisé[1825]. En revanche, s'il ne respecte pas ce devoir, il est possible que son comportement engendre un dommage. Alors, il deviendra débiteur d'une obligation envers la victime de son attitude et devra réparer le dommage créé. Ainsi, les devoirs nés de l'effet horizontal ne sont que des obligations éventuelles[1826]. Si l'éventualité se réalise, un rapport d'obligation apparaîtra et les juridictions judiciaires pourront sanctionner l'auteur de l'ingérence.

503. Le Doyen Roubier dressait une liste de devoirs juridiques, parmi lesquels il y aurait des devoirs généraux humains, c'est à dire, imposés par la règle de droit et conformes à la justice naturelle, différents des devoirs moraux dont l'exécution est abandonnée à la libre

---

[1823] J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 7 ; L'usage moderne du concept technique d'obligation le déforme : « *Il est une foule d'actions qu'il faut accomplir si l'on veut obtenir ou, à l'inverse, éviter un certain résultat. Il n'y a pas là, pour autant, des rapports d'obligation techniquement constitués, avec débiteur et créancier. Le falloir est plus vaste que le devoir, le devoir est plus vaste que l'obligation* », n° 8. V. également M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, PUF, Thémis, 2004, n° 3 : « *certains devoirs généraux pèsent sur tout un chacun. Pour certains d'entre eux, formulés de façon négative (ne pas causer de dommage à autrui, ne pas détériorer les biens publics, etc.), leur violation peut être juridiquement sanctionnée. Il n'en demeure pas moins qu'il n'y a toujours pas à proprement parler "obligation" dans la mesure où celle-ci implique un lien entre deux personnes, c'est-à-dire l'existence d'un créancier déterminé ; il n'y aura obligation au sens juridique du terme que lorsque, un tel devoir ayant été violé, une personne déterminée aura en conséquence subi un dommage dont elle a droit à réparation* ». L'auteur renvoie à Pothier qui appelait ces devoirs généraux « *obligations imparfaites* ».

[1824] Les autres devoirs juridiques étant les actes et formalités obligatoires.

[1825] J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 11ème éd., 2004, n° 38.

[1826] P. Roubier, *op. cit.*, p. 102.

volonté du sujet. Le premier d'entre eux est celui de ne pas causer un dommage injuste à autrui[1827]. Pareillement, le devoir induit par l'effet horizontal consiste à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui, garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. Lorsque la Cour précise que le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester, le devoir qui en découle est celui ne pas empêcher les autres d'exercer leurs droits. Sans infliger au particulier un devoir de promotion des droits de l'Homme à l'égal de celui reconnu à l'Etat, une certaine diligence dans l'exercice de ses droits lui incombe, un respect d'autrui[1828]. Il s'agit d'un devoir de diligence qui consiste à veiller à ne pas entraver l'exercice des droits d'autrui. Le devoir est uniquement établi pour permettre à chacun exercer ses droits et afin de concilier les droits de tous. Pour cela, il convient d'accepter certaines limitations aux droits reconnus[1829] et d'agir avec « *l'esprit de tolérance qui doit aussi caractériser une société démocratique* »[1830]. Enfin, il convient de relever que l'effet horizontal ne crée pas non plus, *a priori*, de devoirs envers l'Etat et la collectivité. De même, tous les droits n'ont pas pour corollaire des devoirs envers autrui. Ainsi en est-il, par exemple, du droit au procès équitable[1831].

504. Ainsi compris, les devoirs individuels issus de l'effet horizontal ne semblent pas présenter de menace pour les individus. Ils correspondent d'ailleurs aux « *devoirs juridiques* » dont les Doyens Roubier et Carbonnier avaient relevé l'existence. Il faut néanmoins réserver l'hypothèse d'une décision européenne approuvant une limitation excessive des droits par un Etat et imposant par-là un devoir exorbitant. Au-delà de cette conjecture, l'existence d'un devoir européen de respect contribue à la mise en œuvre d'une solidarité entre les individus.

[1827] Le second est le devoir de ne pas s'enrichir sans cause juridique aux dépens d'autrui. C'est le principe qui donne naissance à l'action *de in rem verso*.

[1828] « *En tant que la notion de respect revêt une connotation morale, elle renvoie aussi, dans les Etats modernes, aux formes de considération de l'individu, au respect de la personne ; les champs d'interférence de la notion dans le discours juridique sont donc ceux de la sauvegarde des droits de l'Homme* », G. Koubi, « Respect du droit et droit au respect : le respect des droits », *RRJ* 2000, p. 13.

[1829] Cour EDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mais 1993, série A n° 260-A, § 33.

[1830] Cour EDH, arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, § 47.

[1831] B. Jeanneau, *op. cit.*, p. 302.

§ II – LA PROGRESSION VERS UN INDIVIDUALISME SOLIDAIRE

505. Si les droits de l'Homme sont décriés en raison de l'exaltation de l'individualisme qu'ils charrient, la critique doit être nuancée dès lors que la Cour européenne n'ignore pas les devoirs des individus. En outre, l'exigence de respect des droits d'autrui manifeste la dimension altruiste et collective de l'exercice des droits, elle tend à assurer le maintien de la solidarité entre les individus. Aussi, après avoir analysé la pondération de l'individualisme par l'affirmation de devoirs individuels (A), il conviendra de déterminer si la solidarité qui sous-tend cette jurisprudence implique un « devoir de solidarité » (B).

A/ UN INDIVIDUALISME TEMPERÉ

506. Les dérives de l'inscription de devoirs de l'homme dans les Constitutions proviennent de la négation de l'individu. Inversement, les dérives de la reconnaissance des droits de l'Homme procèdent d'une exaltation de l'individu. Les dangers effectifs des premières ne sont plus à démontrer. Les menaces des secondes ont été dénoncées. Ces deux voies accordent une place opposée à l'individu dans les règles de droit, selon la théorie de l'individualisme juridique[1832]. Cet individualisme peut désigner tout d'abord *« un système où l'on admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment de l'Etat »*. En second lieu, *« on pourrait qualifier ainsi un système d'après lequel l'individu serait la source des règles de droit ou des situations juridiques, ou d'une partie d'entre elles »*. Enfin, *« on pourrait concevoir que l'individualisme juridique désignât un système où la législation subit l'influence de l'individualisme politique et consacre des institutions directement et exclusivement profitables à l'individu, et c'est peut-être en ce sens qu'on le prend le plus souvent dans le langage courant »*[1833]. L'individualisme, dont l'excès est ouvertement décrié aujourd'hui, a été nié par les doctrines ayant imposé des devoirs aux individus. L'effet horizontal de la CEDH permet de dépasser cette alternative.

507. Le régime fasciste a ainsi écarté l'idée que l'individu serait la fin du Droit. Il est un moyen dont la fin est l'Etat. La doctrine nationale-socialiste n'a pour fin ni l'individu,

---

[1832] M. Waline, *L'individualisme et le droit*, éd. Domat-Montchrétien, 1945.

[1833] M. Waline, *op. cit.*, p. 27.

ni l’Etat, lequel est un instrument. L’objectif poursuivi est la défense de l’homogénéité raciale formée par la communauté allemande et dénommée *Volk*[1834]. Le régime marxiste a pour finalité le développement du Parti. Ainsi, les régimes ayant institué des devoirs individuels n’avaient pas pour fin l’individu mais une entité abstraite : l’Etat, une communauté raciale ou le parti. De même, l’objectif n’était pas la conciliation des intérêts divergents mais la promotion d’un seul intérêt, au détriment des autres, afin d’octroyer à cet intérêt une suprématie. Enfin, ces devoirs avaient pour effet d’affaiblir ou d’annihiler les droits. En cela, les devoirs que l’effet horizontal met à la charge des individus diffèrent.

508. En premier lieu, les devoirs résultant de l’effet horizontal n’ont pas pour bénéficiaire l’Etat ou le parti, mais les individus. De même, ils ne visent pas une catégorie d’entre eux, répondant à des critères raciaux, sexuels, d’âge ou de nationalité, mais sont tournés vers l’ensemble des individus, sans considération de valeur personnelle ou de mérite individuel. La méthode d’interprétation européenne permet ainsi d’humaniser les devoirs de l’homme en ce qu’ils sont dirigés vers l’Homme. En deuxième lieu, aucune promotion ou suprématie d’un seul intérêt n’est poursuivie, puisqu’il n’y a pas de bénéficiaire individualisé de ces devoirs. Il s’agit de concilier les droits de chacun, sans qu’une prééminence quelconque ne soit visée. La recherche d’un juste équilibre participe de cet objectif. En dernier lieu, les devoirs créés par l’effet horizontal n’affaiblissent pas les droits mais « *permettent de comprendre les droits avec toute l’ampleur sociale et politique requise* »[1835]. Ils n’existent que pour assurer à chacun la pleine jouissance de ces droits et libertés, afin de garantir l’effectivité des droits pour tous. Il ne s’agit pas d’une altération ou d’un affaiblissement des droits mais d’une conciliation. Chaque restriction est justifiée par la protection des droits d’autrui : la crainte des brutalités infligées par les adversaires d’une manifestation « *risquerait de dissuader les associations ou autres groupes défendant des opinions ou intérêts communs de s’exprimer ouvertement sur des thèmes brûlants de la vie de la collectivité* »[1836]. Il faut évidemment veiller à se prémunir du risque qu’en soulignant les

[1834] M. Waline, *op. cit.*, p. 65.

[1835] P. Meyer-Bisch et J.-P. Durant, « Liminaire-avertissement », *in Les devoirs de l’homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc.

[1836] Cour EDH, arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, série A n° 139, § 32.

devoirs de l'homme, les droits soient diminués voire anéantis[1837]. Il est cependant peu probable que la Cour européenne sombre dans cette dérive et, si tel était le cas, il faut croire que les juridictions judiciaires, gardiennes des libertés individuelles, sauraient repousser une telle menace[1838].

509. Par ailleurs, la reconnaissance de droits ne doit pas être conditionnée par l'accomplissement des devoirs[1839]. Là non plus, cette situation ne correspond pas aux impératifs procédant de la jurisprudence européenne puisque l'attribution des libertés ne dépend aucunement du respect prioritaire des devoirs. Le devoir n'apparaît que lors de l'exercice des droits. C'est lorsqu'un individu veut user de sa liberté de manifester sa religion qu'il doit respecter les convictions d'autrui. C'est lorsqu'il veut exprimer sa pensée qu'il doit avoir égard à la réputation des autres personnes. Il n'y a donc pas, en ce sens, préexistence des devoirs. Droits et devoirs sont simultanés. Il faut cependant réserver la situation où le droit des parents est conditionné par le respect de certains devoirs envers les enfants. Cette occurrence, qui renferme peu de danger d'anéantissement de l'être humain, peut être justifiée par l'impossibilité pour un enfant d'assurer seul la protection de ses droits. C'est d'ailleurs la seule hypothèse où la Cour soumet des droits au respect préalable de certaines obligations. Enfin, aucune hiérarchie ne peut être élaborée entre les droits et les devoirs issus du système conventionnel[1840]. La suprématie des seconds serait en contradiction avec les objectifs de la Convention. La prééminence des premiers ne peut permettre une conciliation des droits de chacun.

510. Si le droit conventionnel européen ne correspond pas à la première occurrence aboutissant à nier la personnalité juridique, il est souvent rapproché de la seconde, laquelle exalte les droits individuels au détriment de l'intérêt général. Les critiques ont été relevées

---

[1837] D. Colard, « Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme », *in Les devoirs de l'homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc., pp. 17 et s., spéc. p. 25.

[1838] En outre, une telle dérive entraînerait quarante-six Etats membres dans son sillon, ce qui est difficilement envisageable.

[1839] P. Meyer-Bisch, « Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite », *in Les devoirs de l'homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc., p. 61.

[1840] A. Berthe, *op. cit.*, p. 132.

précédemment[1841] ; Les droits de l'Homme créent une « *déification de l'homme* » en lui accordant une « *liberté indéfinie* »[1842], par des « cristallisations de droits individuels »[1843]. Ces excès négligent et ébranlent le « *droit porteur de l'équilibre des institutions* »[1844]. L'individualisme imprègne effectivement toute Déclaration des droits de l'Homme[1845]. Cependant, la jurisprudence européenne démontre qu'un juste équilibre est observé afin de résoudre les conflits d'intérêts, en considération de l'intérêt général. Au surplus, des limites conventionnelles à l'exercice des droits ont été insérées dans le texte européen par les rédacteurs. La défense de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, la prévention du crime autorisent des restrictions à l'exercice des droits conventionnels[1846]. L'intérêt général comprenant la paix sociale et la coexistence harmonieuse des individus, la restriction à l'exercice des droits peut être justifiée par la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui[1847]. Théoriquement, la Convention européenne des droits de l'Homme n'ignore pas les intérêts de la société[1848]. La pratique ne contredit pas le texte. L'exigence de respect des droits d'autrui et l'affirmation de devoirs individuels par la Cour européenne le confirme. En effet, le dessein d'effectivité des droits de l'Homme, ou du droit plus généralement, ne peut être observé à travers le prisme d'un individualisme absolu. Dès lors, sans répondre au vœu de reconnaissance d'un « *Dieu et un ordre et une nature cosmique où chacun trouve sa liberté réduite, mesurable, déterminable* »[1849], la jurisprudence strasbourgeoise établit néanmoins des limites à l'exercice des droits. Mieux, elle instaure des devoirs. Il est par conséquent difficile

---

[1841] Voy. *supra*, Introduction.

[1842] M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit, Les carnets*, 1995, XXIV, 108. ; *Le droit et les droits de l'Homme*, PUF, Paris, coll. "Questions", 2ème éd. 1983, p. 13.

[1843] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 52.

[1844] G. Cornu, *Droit civil Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrétien coll. Domat, Paris, 12ème éd. 2005, n° 263.

[1845] M. Waline, *op. cit.*, p. 376.

[1846] Selon le paragraphe 2 des articles 8, 9, 10 et 11 de la CEDH.

[1847] *Ibidem*.

[1848] En ce sens, la Déclaration de 1789 « *n'est pas non plus la négation de l'intérêt social* », M. Waline, *op. cit.*, p. 378.

[1849] M. Villey, *Le droit et les droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 13.

de considérer que les organes de la Convention érigent l'individu en souverain. C'est pourquoi, si la Convention est une manifestation de l'individualisme juridique en ce que l'individu est la seule fin des règles proclamées, elle n'est pas une expression de l'individualisme politique entendu comme la consécration d'institutions directement et exclusivement profitables aux individus[1850]. Ainsi, le système conventionnel ne consacre pas un « *individualisme forcené* »[1851], mais un individualisme qui peut être qualifié de solidaire.

B/ UN DEVOIR DE SOLIDARITÉ

511. La solidarité est communément définie comme « *une relation entre personnes ayant conscience d'une communauté d'intérêts, qui entraîne, pour un élément du groupe, l'obligation morale de ne pas desservir les autres et de leur porter assistance* »[1852] . Or, avec l'effet horizontal de la CEDH, l'obligation morale de ne pas desservir autrui devient un devoir. C'est en outre un devoir intersubjectif, qui oblige chacun et profite à tous. Une sanction peut être encourue en droit interne si un individu s'immisce indûment dans les droits d'autrui. Peut-on pour autant affirmer que les particuliers ont un devoir de solidarité ?

512. Inspirée du droit civil[1853], le concept de solidarité, a pris son essor dans la seconde moitié du XIXème siècle[1854], afin d'atténuer les effets d'une conception trop individualiste du droit et de la politique tout en évitant le collectivisme[1855]. La notion renvoie à la fois à une prescription, un devoir de solidarité, et à une technique, la socialisation du

---

[1850] Selon les définitions énoncées par M. Waline et l'interprétation que l'auteur effectue de la Déclaration de 1789, *op. cit.*, pp. 27 et 378.

[1851] E. R-Mbaya, « Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte africaine des droits de l'Homme » *in Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc., p. 48.

[1852] *Le Petit Robert*, 1997.

[1853] A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 306.

[1854] M. Borgetto, « Solidarité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1427, spéc. p. 1428. Si la notion de solidarité a été exploitée à partir du XIXème siècle, elle « *était présente dès l'Antiquité aussi bien dans l'univers juridique romain que dans la pensée d'un grand nombre de philosophes* ».

[1855] J. Touchard, *Histoire des idées politiques*, t. II, *Du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2ème éd., 2005, p. 674.

risque[1856]. La sociologie depuis Durkheim et le droit social se sont emparés de cette idée[1857]. Elle a inspiré Léon Bourgois, selon qui « *la définition des droits et devoirs des hommes ne peut plus être cherchée désormais en dehors des rapports qui les lient solidairement les uns aux autres dans l'espace et dans le temps* »[1858]. Léon Duguit considérait également que la solidarité et l'interdépendance sont à la base du droit[1859]. André Philip souhaitait quant à lui « *créer une société responsable gérée, à tous les niveaux, par des hommes solidaires et responsables* »[1860]. Nombreux sont les auteurs et les disciplines inspirés par l'idée de solidarité. Elle connaît aujourd'hui une nouvelle vigueur en droit des contrats, où un « solidarisme contractuel »[1861] est prôné. Il s'agit de défendre une vision humaniste du contrat[1862]. Au retour du libéralisme répond le retour du social[1863]. A l'idée que chaque contractant est le meilleur défenseur de ses intérêts s'oppose la conception prenant en compte la situation des plus faibles pour autoriser la remise en cause de la force obligatoire du contrat[1864].

513. Les droits de l'Homme ont également été étudiés en considération de l'exigence de solidarité. Elle est nécessaire car elle permet à chacun de jouir de ses droits[1865].

[1856] M. Borgetto, *op. cit.*, p. 1428.

[1857] A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 2002, p. 130.

[1858] L. Bourgeois, *Solidarité*, Armand Colin, 7ème éd., 1912.

[1859] A. Truyol, « Doctrines contemporaines du droit des gens », *RGDIP* 1951, p. 23, spéc. p. 33.

[1860] A. Philip, *André Philip par lui-même ou les voies de la liberté*, Ed. Aubier Montaigne, Paris, 1971, p. 76.

[1861] D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : une nouvelle devise contractuelle », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Juris-classeur, 1999, p. 603 ; Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » *in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ; L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Economica, 2004 ; Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.

[1862] D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 606.

[1863] Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 454.

[1864] Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 466-467.

[1865] A. Eide, « Human rights require responsabilities and duties », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 581, spéc. p. 582.

Elle contribue à instaurer une communauté d'êtres humains équilibrée et harmonieuse[1866]. C'est parfois la notion de fraternité qui est employée[1867] mais l'objectif est similaire. La dimension sociale des droits est visée[1868]. En ce sens, René Cassin reconnaissait que, grâce à l'article 29 de la DUDH[1869], « *le mouvement général de notre déclaration est un élan continu de l'individuel vers le social* »[1870]. Ainsi, l'homme ne doit pas s'attaquer à ce qui garantit ses droits : l'autrui solidaire, la société démocratique, les Nations Unies[1871]. La résolution adoptée pour le cinquantenaire de la DUDH précise également que « *chacun a des devoirs envers la communauté, seul cadre permettant le libre et plein épanouissement de sa personnalité* »[1872]. Il s'agit de promouvoir le droit de chacun à un ordre social et international permettant la réalisation intégrale des droits de l'Homme[1873]. Pareillement, la Charte africaine des droits de l'Homme pose un principe de solidarité sociale[1874], tandis que la Charte des droits fondamentaux vise « *les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité* »[1875]. Or, l'effet horizontal des droits et devoirs de l'homme ne répond-il pas à ces préoccupations ?

[1866] M. Riquet, « Morale et droits de l'Homme », *in René Cassin Amicorum discipulorumque liber, t. IV, Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1972, p. 91, spéc. p. 94.

[1867] P. Meyer-Bish, « D'une succession de générations à un système des droits humains », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 333, spéc. p. 338.

[1868] T. McCarthy, « Human rights and human duties, do we need a declaration of uman responsabilities ? Some personal observations », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 655, spéc. p. 668.

[1869] V. *supra*.

[1870] Discours prononcé le 9 décembre 1948 à l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris ; M. Agi, *René Cassin, Fantassin des droits de l'Homme*, éd. Plon, 1979, p. 336.

[1871] M. Agi, *op. cit*., p. 337.

[1872] Article 18 § 1, Résolution 53/144 adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 9 décembre 1998, V. s*upra*.

[1873] Article 18 § 3.

[1874] E. R-Mabaya, « Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte africaine des droits de l'Homme » *in Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, préc., p. 48.

[1875] Préambule. Le chapitre IV de la Charte s'intitule « Solidarité ». Il comprend les article 27 à 38.

514. L’acception « solidarité » désigne également les droits dits de la troisième génération. Il s’agit du droit à la paix, à l’autodétermination des peuples, à l’environnement, au développement et au respect du patrimoine commun de l’humanité. Ces droits, qui ne sont pas visés par la Convention européenne des droits de l’Homme, ne peuvent être mis en vigueur que par une action solidaire de tous les acteurs du jeu social[1876]. Il est néanmoins intéressant de relever que la Cour européenne n’est pas indifférente à ces droits. En effet, lorsque, dans son arrêt *Lopez Ostra*[1877], la Cour de Strasbourg condamne l'Etat espagnol puisqu'il n'a pas protégé le droit de la requérante au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale contre les émanations nauséabondes d'une station d'épuration des résidus de tannerie, elle étend la protection de l'article 8 au droit à un environnement sain dans les relations entre personnes privées. Or, n'est-ce pas contribuer à l'établissement d'un devoir de préserver l'environnement, droit dit de solidarité, et donc d’un devoir de solidarité ?

515. Ce devoir de solidarité ne doit pas être circonscrit aux seuls droits de la troisième génération mais entendu de façon générale. L’indivisibilité des droits de l’Homme favorise une telle lecture. La technique des obligations positives et l’effet horizontal y participent également[1878]. En effet, tous les droits impliquent des devoirs « *dans la complexité d’une opposabilité générale, et donc dans la fraternité* »[1879]. Même si l’on se réfère à la classification trompeuse des droits en générations, il apparaît que chaque droit, quelle que soit la génération à laquelle il est prétendu appartenir, requiert un devoir de solidarité. Les droits civils et politiques, ou « droits de », sont une aspiration à la liberté. Cependant, ils ne peuvent être illimités[1880] et leur respect par chacun résulte de la dimension sociale et solidaire des droits comme en atteste la jurisprudence européenne. Les droits économiques, sociaux et

---

[1876] D. Colard, « Le principe de l’indivisibilité des droits et des devoirs de l’homme », *in Les devoirs de l’homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme,* préc., p. 28.

[1877] Cour EDH, arrêt *Lopez Ostra c. Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-C ; *AFDI* 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, pp. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3, comm. F. Sudre.

[1878] V. Partie I, Titre I, Chapitre I, *supra*.

[1879] P. Meyer-Bish, « D’une succession de générations à un système des droits humains », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l’Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 333, spéc. p. 337.

[1880] J. Rivero, « Les limites de la liberté » *in Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrétien, 1998, p.189.

culturels, ou « droits à », exigent une contribution à la solidarité nationale en s'acquittant des prélèvements obligatoires[1881]. En outre, si certains de ces droits relèvent en premier lieu de la protection de l'Etat, ils peuvent être honorés par des particuliers[1882]. Enfin, les droits de la troisième génération, dits de solidarité, par leur appellation même, exigent la solidarité. A l'évidence, tous les droits de l'Homme sont des droits individuels qui peuvent être exercés en commun[1883]. Parce que les droits de l'Homme ont une dimension *erga omnes*, ils sont opposables à tous et tous doivent répondre de leur respect. Le devoir de solidarité entre les hommes est le corollaire du principe d'indivisibilité des droits de l'Homme[1884]. En ce sens, le principe de l'indivisibilité des droits de l'Homme et de la réciprocité des droits et des devoirs fait du « droit de solidarité » un « devoir de solidarité »[1885]. Ce devoir rassemble toutes les exigences des différents droits. Il est opposable à l'Etat, il exige une action solidaire de tous, il est à la fois individuel et collectif, national et international[1886]. Aussi, la solidarité est « *simultanément un droit-synthèse et un devoir-synthèse* ». Il y aurait en conséquence un devoir de solidarité à la charge de chacun.

516. En conclusion, il convient d'apprécier la notion de solidarité au regard du droit privé et à partir des travaux doctrinaux impulsés par Christophe Jamin. En effet, il est intéressant de relever les similitudes entre le « renouveau solidariste de la technique contractuelle » française et les principes interprétatifs européens. Ce renouveau, inspiré des réflexions de Saleilles, a inauguré une modification de l'interprétation de l'ensemble des

---

[1881] A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 306.

[1882] En France, « *en interdisant aux employeurs de traiter avec les travailleurs sur la base d'une rémunération inférieure au minimum légal, l'Etat satisfait à l'obligation qu'il a assumé d'assurer à tous des conditions décentes d'existence en concrétisant au profit du salarié le droit très vague qu'il lui avait reconnu à l'encontre de la collectivité nationale sous la forme d'un droit précis contre l'employeur* » : J. Rivéro, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *René Cassin Amicorum discipulorumque liber, t. III, protection des droits de l'Homme entre personnes privées*, Pedone, Paris, 1971, p. 311, spéc., p. 312-313.

[1883] « *Le sujet d'un droit humain est toujours la personne humaine, seule ou en commun ; c'est l'objet de ce droit qui peut être plus ou moins commun* » : P. Meyer-Bish, « D'une succession de générations à un système des droits humains », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 333, spéc. p. 337.

[1884] D. Collard, « Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme », *in Les devoirs de l'homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme,* préc., p. 28.

[1885] D. Collard, *op. cit.*, p. 28.

[1886] D. Collard, *op. cit.*, p. 28.

contrats, permettant au juge de ne plus se soumettre à la volonté des parties quand il interprète leur contrat. Pareillement, la Cour écarte et exige que soit écartée la volonté des particuliers au profit du respect des droits de l'Homme. L'abus de droit, dont la Cour européenne fait usage sans recourir à l'article 17 de la CEDH, témoigne également d'une idée de solidarité. La conception libérale de l'abus réserve cette notion en présence d'une intention de nuire. La conception solidariste reconnaît un abus « *toutes les fois qu'une personne exerce son droit dans un but qui n'est pas conforme à la finalité sociale* »[1887]. Or, les arrêts européens et français se fondent sur cette seconde conception d'inspiration solidariste. En aucun cas, une intention de nuire n'est requise afin de constater un abus. Le devoir de respect des droits d'autrui peut en cela se rapprocher du renouveau solidariste en droit privé. Ainsi, les droits « *sont moins égoïstes qu'ils semblent car ils comportent une exigence prépondérante d'altruisme qui est aussi celle des droits de demander et d'obtenir puisque nous ne pouvons demander que dans la mesure où d'autres y sont admis et obtenir en proportion de ce que d'autres reçoivent* »[1888].

[1887] Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 461.

[1888] J. Mourgeon, « Les droits de l'être humain destructeurs de sa liberté », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 391-407, spéc. p. 394.

CONCLUSION
TITRE II

517. Après la seconde guerre mondiale, l'objectif était « *d'élever la protestation solennelle de la conscience humaine contre la tyrannie illimitée de l'Etat* »[1889]. Depuis, il est apparu nécessaire de protéger les individus les uns contre les autres. L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme répond à cet objectif. L'extension des droits de l'Homme dans les relations interpersonnelles emporte alors un devoir de respect des droits et libertés par tous. Cette implication résulte de l'essence même de l'effet horizontal et de sa mise en œuvre par les juridictions. En outre, la Cour européenne formule expressément cette exigence. Les devoirs de l'homme étant dirigés non plus vers une entité abstraite mais vers l'Autre, ils sont dès lors humanisés. Ils permettent également de tempérer les excès de l'individualisme développé par les droits de l'Homme en instaurant une responsabilité individuelle et par-delà une solidarité. Aussi, l'essentiel n'est pas de contribuer au débat sur la nécessité d'effectuer une déclaration des devoirs à la charge de l'homme[1890] ni de détecter et d'imposer des comportements spécifiques et idéaux[1891], mais de constater qu'il est évident que l'individu ne peut éluder la présence d'autrui, autrui entendu comme soi-même avec les autres[1892]. Parce que « *le destin individuel est solidaire du destin collectif national et celui-ci est solidaire du destin de l'ensemble du genre humain* »[1893].

[1889] R. Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'Homme », préc., p. 481.

[1890] Y. Madiot, *op. cit.* ; G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir, L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, Folio Essais, Paris : L'auteur souligne qu'à *« l'âge des droits individualistes sont nés les "militants du devoir moral et social"* », p. 54.

[1891] Sur les dangers de l'uniformisation de l'homme, J.S. Mill, *De la liberté*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1990, p. 153 : « *Mais, aujourd'hui, alors que la société a largement raison de l'individu, le danger qui guette la nature humaine n'est plus l'excès, mais la déficience des impulsions et des inclinations* ».

[1892] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. Seuil, coll. Point-Essais, 1990.

[1893] D. Colard, *op. cit.*, p. 33.

CONCLUSION
SECONDE PARTIE

518. Lorsqu’on le met en perspective, l’effet horizontal révèle des dimensions inattendues. Non seulement il enrichit l’ordre public européen, mais il permet de renouveler l’ordre public interne. Les relations de droit privé sont alors directement ou indirectement soumises à l’ordre public européen. Le respect des principes supérieurs qu’il traduit s’imposent aux particuliers : les droits de l'Homme doivent être respectés et s’ils peuvent supporter des limitations ou des renonciations, il ne peuvent pas être anéantis. L’immixtion de l’ordre public européen dans l’ordre juridique interne est cependant encadrée par les normes nationales. Les règles de procédures civiles ne lui accordent aucun statut privilégié. Quant au principe de séparation des pouvoirs, il s’oppose en principe à ce que le juge interne protège l’ordre public européen par la mise à l’écart d’une législation nationale inconventionnelle. Pourtant, si le juge respecte ce principe, la France risque de subir les foudres européennes. Le juge interne est face à un dilemme. L’effet horizontal contribue aussi à l’émergence de devoirs individuels : le particulier voit son comportement théoriquement remis en question devant les instances strasbourgeoises, sans qu’il soit affecté par la décision européenne, et concrètement sanctionné par les juridictions nationales. De ces décisions de justice, il résulte indirectement ou directement un devoir de respecter les droits de l’Homme d’autrui. L’effet horizontal direct et la sanction nationale des agissements individuels réduisent l’indifférence et l’irresponsabilité des individus au regard des droits de l’Homme. L’égoïsme est contrarié, l’irresponsabilité combattue et la solidarité prend place.

CONCLUSION GENERALE

519. La question des droits de l’Homme subit une mutation avec l’effet horizontal. La violation d’un droit de l’Homme est désormais sanctionnée quel que soit son auteur. L’Etat supporte de nouvelles obligations dont il ne peut se dégager par la privatisation. Ses représentants sont tenus d’intervenir pour empêcher ou pour sanctionner les violations d’origine privée. En vue de garantir le respect des droits de l'Homme, la Cour s’autorise à juger des contentieux purement privés, tels ceux portant sur l’interprétation d’une clause contractuelle. Pour relier l’ingérence individuelle au comportement étatique, elle retient une lecture progressiste du droit international général et du mécanisme d’imputabilité. L’effet horizontal est fondé sur la théorie des obligations positives et/ou sur l’article 1er de la CEDH, imposant aux Etats le respect des droits consacrés. La nécessité de protéger les droits de l'Homme contre les violations d’origine privée n’étant plus à démontrer, on peut regretter que les juges européens n’énoncent pas expressément un principe général d’applicabilité des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles, auquel seraient associées des exceptions. Ils pourraient ainsi clarifier une technique d’interprétation qui souffre encore d’approximations. La Cour procède également à un contrôle de proportionnalité des ingérences qui tend à se privatiser et à révéler la configuration trilatérale du litige horizontal indirect : les conflits qu’elle tranche ne peuvent opposer qu’un Etat à une personne privée[1894], mais elle n’omet pas de prendre en considération les intérêts de l’adversaire du requérant dans l’ordre juridique interne. Là encore, les méthodes européennes sont sans doute perfectibles. Il ne s’agit pas de critiquer le travail de la Cour, dont il faut au contraire souligner l’audace et les acquis en faveur de l’effectivité des droits de l'Homme, mais de faire en sorte que la construction prétorienne de l’effet horizontal soit plus limpide. L’effet horizontal emporte d’autres conséquences. Le juge national voit son office évoluer : une nouvelle source de droits lui est offerte et une nouvelle méthode de jugement lui est conseillée, le juste équilibre. Il dispose aussi d’un nouveau pouvoir lui permettant d’écarter la volonté du législateur, et par-delà celle des contractants. L’ordre public interne est également renouvelé au contact de l’effet horizontal, celui-ci permettant de diffuser l’ordre public européen dans l’ordre juridique interne. Enfin, une nouvelle conception des droits de l’Homme s’impose par l’affirmation de devoirs à la charge des particuliers. Inhérents à l’effet horizontal ou

[1894] Il peut également opposer deux ou plusieurs Etats, mais ces conflits sont rares et ne relèvent pas de l’effet horizontal.

recommandés par la Cour européenne, ces devoirs de l'Homme impliquent un respect des droits de tous par chacun. Il favorisent l'émergence d'un individualisme solidaire.

520. L'effet horizontal permet de privatiser les droits de l'Homme et d'humaniser le droit privé. Les méthodes des juges européens et internes se rapprochent : la proportionnalité européenne se privatise tandis que la méthode du juge judiciaire s'européanise. On peut également constater une similitude quant à la toile de fond des droits européen et français : les juges européens imposent progressivement des devoirs nécessaires à la solidarité alors que certains auteurs français espèrent un renouveau de la solidarité en matière contractuelle. Quel est l'avenir de l'effet horizontal ? Au Palais des droits de l'Homme, il faut espérer que le Protocole n° 14, soumettant les requêtes individuelles à l'existence d'un « préjudice important », ne vienne pas atténuer la dimension privée des droits de l'Homme et contrarier l' « *idée féconde et généreuse* »[1895] qui la caractérise : la protection effective des droits de l'Homme quel que soit l'auteur de l'ingérence. Dans l'ordre juridique interne, l'instauration d'une procédure de réexamen des décisions civiles après un constat de violation par la Cour européenne serait souhaitable, sous certaines conditions propres aux litiges interindividuelles. Elle permettrait de parfaire l'effet horizontal de la CEDH. Enfin, l'amoindrissement des résistances nationales au droit conventionnel des droits de l'Homme serait bienvenu. Il est temps de renoncer « *au repli sur les frontières qui trop souvent, spécialement dans les grands pays, continue à caractériser doctrine et jurisprudence* »[1896].

[1895] M.-A. Eissen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et les obligations de l'individu : une mise à jour » *René Cassin Amicorum discipulorumque liber, tome III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées,* Pedone, Paris, 1971, p. 151, spéc. 153.

[1896] J. Toth, « Les droits de l'Homme et la théorie du droit », *in Méthodologie des droits de l'Homme, René Cassin Amicorum discipulorumque liber*, T. IV, Paris, Pedone, 1972, pp. 69-88, spéc. p. 84.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes
Les numéros en gras renvoient à une série de paragraphes

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

ATIAS Ch.,
- *Philosophie du droit,* Paris, PUF, coll. Thémis, 2004.

BENABENT A.
- *Droit civil, Les obligations*, 10ème éd., Paris, Montchrétien, Précis Domat, 2005.

BORÉ J. et BORÉ L.
- *La cassation en matière civile,* Dalloz, coll. Dalloz action, 2003-2004.

CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th. (dir.),
- *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2005.

CADIET L. et JEULAND E.,
- *Droit judiciaire privé*, 4ème éd., Paris, Litec, 2004.

CARBONNIER J.
- *Droit civil, Introduction*, 26ème éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 1999.
- *Droit civil, Les obligations*, 22ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Thémis, 2000.

CHARTIER Y.
- *La Cour de cassation*, 2ème éd., Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2001.

COHEN-JONATHAN G.,
- *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Economica, PUAM, 1989.
- *Aspects généraux des droits fondamentaux,*3ème éd., Paris, Montchrétien.2002

COMBACAU J. et SUR S.,
- *Droit international public*, 6ème éd., Paris, Montchrétien, Précis Domat, 2004.

CORNU G.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd., Paris, Montchrétien, Domat droit privé, 2005.
- (sous la direction de) *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 7ème éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2005.

CORNU G. et FOYER J.,
- *Procédure civile*, 3ème éd., PUF, coll. Thémis, 1996.

DABIN J.
- *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.

DELMAS-MARTY et LUCAS DE LEYSSAC C. (dir.)
- *Libertés et droits fondamentaux*, *Introduction, textes et commentaires*, 2ème éd., Paris, Seuil, coll. Essais, 2002.

DEMOGUE R.,
- *Traité des obligations en général*, tome IV, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1924.

DIJON X.,
- *Droit naturel,* tome I, *Les questions du droit*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1998.

FABRE-MAGNAN M.,
- *Les obligations,* Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2004.

FLOUR J. , AUBERT J.-L. et SAVAUX E.
- *Les Obligations*, tome 1, *L'acte juridique*, 11ème éd., Paris, Armand Colin, coll. U, 2004.

GHESTIN J.,
- *Traité de droit civil, La formation du contrat,* 3ème éd., LGDJ, 1993.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE- MAGNAN M.,
- *Traité de droit civil, Introduction générale,* 4ème ed., LGDJ, 1994.

GODECHOT J.,
- *Les constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, coll. GF, n° 228, 2006.

GENY F.,
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. 1, 2ème éd. Paris, LGDJ 1954.
- *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* Tome III, *Elaboration technique du droit positif,* Sirey, 1921.

HAURIOU M.,
- *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Sirey, 1929.

ISRAEL J.-J.,
- *Droit des libertés fondamentales,* Paris, LGDJ, coll. Manuel, 1998.

JESTAZ Ph.,
- *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.

LARROUMET A.
- *Droit civil,Tome III, Les obligations, Le contrat,* 5ème éd., Paris, Economica, 2003.

LECLERCQ C.,
- *Libertés publiques,* 5ème éd., Litec, 2003.

LEVY J.-Ph. et CASTALDO A.,
- *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2002.

LOMBOIS C.
- *Introduction au droit civil, droit des personnes et des biens*, Paris, Litec, Cours de droit, 1997.

MADIOT Y.
- *Droits de l'homme,* 2ème éd., Paris, Masson, 1991.

MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph.,
- *Droit civil, Les obligations*, 2ème éd., Paris, Defrénois, 2005.

MARGUENAUD J.-P.,
- *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3ème éd., Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J. et CHABAS F.,
- *Leçons de droit civil, Tome I, Premier volume, Introduction à l'étude du droit,* 12ème éd. Par F. CHABAS, Montchrétien, 2000.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J. et CHABAS F.,
- *Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Obligations, Théorie générale,* 9ème éd. par F. CHABAS, Montchrétien, 1998.

MOOR P.
- *Droit administratif, I : Les fondements généraux,* 2ème éd., Berne, éd. Staempfli + Cie S.A., 1994.

MOTULSKY H,

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Préf. P. Roubier, Sirey, 1948.

QUOC DINH N., DAILLIER P. et PELLET A.,
- *Droit international public*, 7ème éd., Paris, LGDJ, 2002.

RENUCCI J.-F.,
- *Droit européen des droits de l'homme*, 3ème éd., Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2002.

REUTER P.
- *Droit international public*, 7ème éd., Paris, PUF, Thémis, 1993.

RIPERT G.,
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, LGDJ, 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

RIVERO J., et MOUTOUH
- *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF.

ROBERT J. et DUFFAR J.,
- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7ème éd., Paris, Montchrétien, Précis Domat, 1999.

ROLAND H. et BOYER L.,
- *Locutions latines du droit français*, 4ème éd., Litec, 1998.

ROUBIER P. ,
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.
- *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2ème éd. revue et augmentée, Sirey, 1951, Réimpression Dalloz, 2005, préf. D. Deroussin.

SALMON J. (dir),
- *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SERIAUX A., SERMET L. et VIRIOT-BARRIAL D.,
- *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Ellipses, 1998.

SUDRE F.,
- *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2005.

SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M.,
- *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3ème éd., Paris, PUF, Thémis, 2005.

TERRE F.,
- *Introduction générale au droit*, 6ème éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2003.

TERRE F. et LEQUETTE Y.,
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, 11ème éd., Paris, Dalloz, 2000.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.,
- *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2005.

VASAK K.,
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964.

VILLEY M.
- *Le droit et les droits de l'homme*, 2ème éd., Paris, PUF, Questions, 1983.
- *Réflexions sur la philosophie et le droit*, Les Carnets, 1995, XXIV, 108.

VELU J. ET ERGEC R.,
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

VINCENT J. et GUINCHARD S.,
- *Procédure civile*, 27ème éd., Paris, Dalloz, coll. Précis, 2003.

WASCHMANN P.,
- *Les droits de l'homme*, 4ème éd., Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002.

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS

AGI M.,
- *René Cassin, Fantassin des droits de l'Homme*, éd. Plon, 1979.

AGO R.,
- Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la CDI*, 1972, vol. II, p. 77.
- Le délit international, *RCADI* 1939 vol. 68, 1939-II, p. 26.
- Rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la CDI*, 1977, vol. I, pp. 218-222 et pp. 231-233.

ARISTOTE,
- *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, 2ème éd., Librairie philosophique J. Vrin, 1959.

de BECHILLON D.,
- *La notion de principe général en droit privé*, Préf. B. Saintourens, PUAM, coll. du laboratoire de théorie juridique, 1998.

BELAID S.,
- *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, 1974

BERTHE A.,
- *Les devoirs individuels dans la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Lille II, 2000.

BOURGEOIS L.,
- *Solidarité*, 7ème éd., Paris, Armand Colin, 1912.

CAPITANT D.,
- *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Préf. M. Fromont, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, tome 87, 2001.

CARBONNIER J.
- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. Forum, 1996.
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9ème éd., LGDJ, 1998.

CARILLON A.,
- *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Préf. J.-P. Marguénaud, Bruxelles, Bruylant, 2006.

CARPENTIER J. et LEBRUN F. (dir.),
- *Histoire de l'Europe*, Ed. du Seuil, coll. Histoire, 1990.

CASSIN R.,
- « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, 1951, t. II, p. 149.

CLAPHAM A.,
- *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

CICERON,
- *Les devoirs*, *Livre II et III,* trad. M. Testard, éd. Les Belles Lettres, 1970.

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F.,
- *La réforme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole n° 14 et les recommandations et résolutions du Comité des Ministres,* Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2005.
- *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2005

CONDORELLI L.,
- « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, tome 189, p. 9.

DEBET A.,
- *L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le droit civil français*, Préf. L. Leveneur, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002.

DELICOSTOPOULOS I. S.,
- *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen,* préf. S. Guinchard, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 401, 2003.

DELMAS-MARTY M. (dir.),
- *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme,* Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1989.

DIPLA H.,
- *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme, Problèmes d'imputation,* Paris, Pédone, 1994.

DUMAS R.,
- *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires,* Thèse, Limoges, 2005.

DUMONT H., OST F. et VAN DROOGHENBROECK S. (dir.),
- *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

EUDIER F.,
- *Ordre public substantiel et office du juge*, Thèse (dactyl.), Rouen, 1994.

FLAUBERT G.,
- *Dictionnaire des idées reçues*, éd. Mille et une nuit, 1994.

FREUND J.,
- *L'essence du politique*, 3ème éd., , 1981.

FRUMER Ph.,
- *La renonciation aux droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle,* Préf. R. Ergec, Bruxelles, Bruylant, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001.

GRYNBAUM L. et NICOD M. (dir.),
- *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?,* Paris, Economica, 2004.

HAGUENAU C.,
- *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Thèse, Bruxelles, Ed. Bruylant/ Ed. de l'Université de Bruxelles, 1995.

JAMIN Ch. et MAZEAUD D. (dir.),
- *La nouvelle crise du contrat,* Paris, Dalloz, 2003.

KANT E.,
- *Théorie et pratique*, Paris, Hatier, 1990.

KASTANAS E.,
- *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, Bruylant, 1996.

KELSEN H.,
- *La théorie pure du droit*, trad. Ch. Eiseinmann, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1962.

LAGARDE P.,
- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 15, 1959.

LAMBERT E.,
- *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme,* préf. J.-F. Flauss, Bruxelles, Bruylant, 1999.

LAZAUD F.
- *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme,* préf. J.-F. Flauss, PUAM, 2006.

LIPOVETSKY G.
- *Le crépuscule du devoir, L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques,* Paris, Gallimard, Folio Essais.

LYON-CAEN G.
- *Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au Ministre du travail de l'emploi et de la formation professionnelle*, Paris, La documentation française, 1992.

MADIOT Y.
- *Considérations sur les droits et devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

MALAURIE Ph.,
- *Les contrats contraire à l'ordre public,Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S*, préf. P. Eismein, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953.

MARCHADIER F.
- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2005.

MARGUENAUD J.-P. (dir.)
- *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français,* Paris, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001.

MARTIN P.-M.,
- *Les échecs du droit international*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1996.

MASTCHER F.,
- « Quarante ans d'activités de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RCADI*, tome 270, pp. 241-396.

MEKKI M.,
- *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* Préf. J. Ghestin, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 411, 2004.

MERTENS P.,
- *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme,* Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1973.

MILL J.S.,
- *De la liberté,* trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1990.

MORVAN P.,
- *Le principe de droit privé*, Préf. J.-L. Sourioux, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999.

MÜLLER J. P.,
- *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, trad. M. Hottelier, M. Mader, M. Rossinelli, Berne, Editions Stæmpfli & Cie SA, 1983.

MUZNY P.,
- *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Préf. F. Sudre, PUAM, 2005.

OLLERO-TASSARA,
- *Droit « positif » et droits de l'homme*, Bordeaux, Ed. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 1997.

PECH-LE GAC S.,
- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, Paris, LGDJ, Biblothèque de droit privé, tome 335, 2000.

PERELMAN Ch.,
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Au-delà du positivisme juridique*, Préf. M. Villey, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, tome 29, 1984.
- *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1999.

PETTITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.),
- *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2ème éd., Paris, Economica, 1999.

PICHERAL C.,
- *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.

PHILIP A.,
- *André Philip par lui-même ou les voies de la liberté*, Paris, Ed. Aubier Montaigne, 1971.

RAYNAUD J.,
- *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, PUAM, 2003.

RIALS S.,
- *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, Paris, Hachette Littératures, coll. Pluriel, 1989.

RIBES D.,
- *L'Etat protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Aix Marseille III, 2005.

RICOEUR P.,
- *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, coll. Point –Essais, 1990.

RIGAUX F.,
- *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1990.
- *La loi des juges*, Paris, éd. Odile Jacob, 1997.

SAINT-JAMES V.,
- *La conciliation des Droits de l'Homme et des libertés en droit public français*, Paris, PUF, 1995.

SASSO L.,
- *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Etude de droit comparé, de droit allemand, européen et français*, thèse, Caen, 1999.

de SCHUTTER O.,

- *Fonction de juger et droits fondamentaux, Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

de SCHUTTER O. et VAN DROOGHENBROECK S.,

- *Droit international des droits de l'homme devant le juge national, Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Bruxelles, Larcier, 1999.

SPIELMANN D.,

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Préf. R. Bout, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000.

SUPIOT A.,

- *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2002.
- *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2005.

de TOCQUEVILLE A.,

- *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, coll. Folio Histoire, 2004.

TOUCHARD J.,

- *Histoire des idées politiques*, tome II, *Du XVIIIe siècle à nos jours*, 2ème éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2005.

VAILHE J.,

- *La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du contentieux judiciaire français devant les instances de Strasbourg*, Paris, La documentation Française, 2001.

VAN DROOGHENBROECK S.,

- *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 39, 2003.

VINCENT-LEGOUX M.-C.,

- *L'ordre public. Étude de droit comparé*, Préf. J.-P. Dubois, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001.

WALINE M.

- *L'individualisme et le droit*, Montchrétien, Domat, 1945.

WYLER E.,

- *L'illicite et la condition des personnes privées - La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995.

ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES, FASCICULES

ABRAHAM R.,

- « L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative », *RUDH* 1991, p. 277 .
- « Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'homme » *in* H. Fulchiron (dir.) *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* Actes des journées de travail organisées à Lyon les 14 et 15 novembre 1997, LGDJ, 1999, p. 39.
- « Article 25 » *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2ème éd., 1999, p. 579.

AGOSTINI E.,

- « L'équité », *D.* 1978, chron. 7.

ALKEMA E.A.,

- « The third Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights » , *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'homme, la dimension européenne, Etudes en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 37.

AL-SANHOURY A.A.,

- « Le standard juridique », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, Sirey, 1934, vol. II, p. 144.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J.

- « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme, Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *CDE* 1997, p. 655.
- « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des Droits de l'Homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, p. 657.
- « La Cour européenne des Droits de l'Homme à la croisée des chemins. Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de 1999 à 2002 », *CDE* 2002, p. 735.
- « "Une force qui va ?" Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2003 », *CDE* 2004, p. 405.
- « L'Etat et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 57-78.
- « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2005, p. 163.
- « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel : continuité ou évolution », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005, n° 18, p. 148.

ANZILOTTI D.,

- « La responsabilité internationale des Etats en raison des dommages soufferts par les étrangers », *RGDIP* 1906, p. 5.

ATIAS Ch.,

- « Le droit de nuire », *D.* 1997, chron. 385.

AUBERT J.-L.,

- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D*. 2005, chron. p. 1115.

AUGUSTIN J.-M.,

- « L'histoire de la propriété entre droits et devoirs », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 137.

BADINTER R. et GENEVOIS B.,

- « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RUDH* 1990, p. 258.

BAKOUCHE D.,

- « La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence », *Contrats, conc., consom.*, 2004, chron. n° 5.

BARRETO I.C.,
- « Article 48 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 571.

BATTIFOL H.,
- « Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 29.

BEHAR-TOUCHAIS M.,
- « Rapport introductif », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 3.

BENOIT- ROHMER F.,
- *LPA*, 25 octobre 1996, n° 129, pp. 26-32.
- « Il faut sauver le recours individuel… », *D.* 2003, chron. p. 2584.

BORGETTO M.,
- « Solidarité », *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1427.

BOULOUIS J. ,
- « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », *in Le juge et le droit public*, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 149.

BOUTARD-LABARDE M.-Ch.,
- « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 44.

BRENNER C.,
- « Les conception actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence », *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 221.

BRUCE E.,
- « La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *RTDH* 2005, p. 401.

BURGELIN J.-F. et LALARDRIE A.,
- « L'application de la Convention par le juge judiciaire », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 145.

BURDEAU G.,
- « Les engagement internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit », *AFDI* 1986, p. 837.

CADIET L.,
- « L'équité dans l'office du juge civil », *in* Justice et équité, *Justices*, 1998, n° 9, p. 87.

CAFLISCH L. et CANCADO TRINTADE A.A.,
- « Les Conventions américaine et européennes des Droits de l'Homme et le droit international général », *RGDIP* 2004, p. 5.

CALENDINI J.-M.,
- « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 51.

CALLEWAERT J.,
- « Article 53 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, *Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 847.

CANÇADO-TRINDADE A. A.,
- « Le nouveau règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme : quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du droit international », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. I, p. 351.

CANIVET G.,
- « Entretien », *JCP* 2000 I .
- « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, p. 367.
- « Cour suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique ? », *in Le dialogue des juges*, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 12 janvier 2005, http://www.courdecassation.fr/article8451.html., p. 4
- « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la "bénévolance" des juges », *RSC* 2005, p. 799.

CANIVET G. et HUGLO J.-G.,
- « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1996, chron. 4, p. 1.

CARBONNIER J.,
- « Exorde », *in* Th. Revet (dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.
- « L'avenir d'un passé », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 5.

CARILLO-SALCEDO J.A.,
- « Article 1 » , *in* L-.E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p 135.

CASSIA P. et SAULNIER E.,
- « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1997, p. 411.

CASSIN R.,
- « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société nouvelle », in *La technique et les principes du droit public*, *Etudes en l'honneur de Georges Scelle,* LGDJ, 1950, Vol. I, p. 68 et s.
- « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la déclaration universelle des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Ed. A. Pedone, 1968, p. 479.

CHEMILLIER-GENDREAU M.,
- « A propos de l'effectivité en droit international », *RBDI* 1975, p. 38.

CLAPHAM A.,
- « The "Drittwirkung" of the Convention », *in* R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (edited by) *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, Luwer Academic Publisher, Martinus Nijhoff publishers, Netherland, London, pp 163-206.

COHEN D.,
- « Le droit à… », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, 1999, p. 393.

COHEN-JONATHAN G.,
- « René Cassin et la conception des droits de l'Homme », *RDH* 1985, n° spécial René Cassin, p. 68.
- « Les réserves à la CEDH. A propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988 », *RGDIP* 1989, p. 295.
- « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », *in* S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Pedone, 1991, p.101.
- « Le protocole n° 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe* 1994, chron. 1.
- « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 39-64.

- « Conclusions générales », *in* P. Tavernier (Dir.), *Quelle Europe Pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, p. 477.
- « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », *in* S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Pedone, 1998, p. 309.
- « L'évolution du droit international des droits de l'homme », in *L'évolution du droit international, Mélanges offerts à Hubert Thierry,* Pedone, 1998, p.107.
- « Mise en œuvre de la Convention européenne en France, synthèse et perspectives », in La France et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, XXVe anniversaire de la ratification de la Convention, Colloque du 3 mai 1999, *Europe*, Hors série, octobre 1999, p 29.
- « La Convention européenne des Droits de l'Homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », *in Droit et justice*, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos,* Pedone, 1999, p. 385.
- « Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*,Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 245.
- « Abus de droit et libertés fondamentales », *in Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 517.

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F.
- « Cour européenne des droits de l'Homme et droit international général (2004) », *AFDI* 2004, p. 778.

COLARD D,
- « Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme », *in* P. Meyer-Bisch (éd.), *Les devoirs de l'homme, De la réciprocité dans les Droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Suisse, Editions universitaire de Fribourg, 1989, p. 17.

COMBACAU J.,
- « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité*, *Mélanges offerts à Paul Reuter,* Pedone, 1981, p. 181.

CORNU G.,
- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », *in Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83.
- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D*. 2002, chron. 351.

CORTEN O.,
- « L'interprétation du "raisonnable" par les juridictions internationales : au-delà du positivisme juridique ? », *RGDIP* 1998, p. 5.

COSTA J.-P.
- « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan,* Bruylant, 2004, vol. I, pp. 483-500.
- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p.101.
- « La Cour européenne et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A Raynouard (dir.), *Le dialogue des juges entres les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?,* Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 153.

COT J.-P.,
- « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH* 1998, p. 102.

COURBE P.
- « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », *in* P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, p. 249.

COUSSIRAT-COUSTERE V.
- « Convention européenne des Droits de l'Homme et droit interne : primauté et effet direct », in Pettiti L.-E. et al. (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991 organisée à Lille, Bruxelles, Nemesis, 1992, p. 11.
- « Article 8 § 2 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.) *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 323.

COUTURIER G.,
- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve », *in Etudes offertes à Jacques Flour,* Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95.

DAVID R.,
- « Le droit continental, la *common law* et les perspectives d'un *jus commune* européen » *in* M. Cappelletti (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff - Klett-Cotta - Bruylant - Le Monnier, 1978, p. 113.

DECAUX E.,
- « Article 60 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 697.
- « Universalité et indivisibilité des droits de l'homme dans le droit international », in R. Kessous (dir.), *L'universel et les droits de l'homme, Actes de l'université d'automne 2004 de la Ligue des droits de l'homme*, www.ldh.France.org/actu_nationale.cfm?idactu=1206, p. 23

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.,
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249.

DEFIRGIER C., PAULIAT H., SAINT-JAMES V., SAUVIAT A.,
- « L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. Marguénaud (dir.), *C.E.D.H. et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche « Droit et justice », La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, pp. 11-73.

DELMAS-MARTY M.,
- « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D* 1988, chron. 221.
- « Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels) » *in* P. Tavernier, *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, p. 81.
- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, chron. 951.

DESSERTEAUX M.,
- « Abus de droit ou conflits de droits », *RTD civ.* 1906, pp. 119-139.

DINTILHAC J.-P.,
- « La vérité de la chose jugée », *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation,* La Documentation française, p. 49.
- « Confrontation entre le Code de procédure civile et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005),* Economica, 2006, p. 415.

DION N.
- « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, chron. 195.

DONNER A.,
- « Transition », *in* H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda,* Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p 335.

DREYER E.,
- « Le respect de la vie privée, objet d'une droit fondamental », *Communication Commerce électronique*, mai 2005, Etude 18.

DRZEMCZEWSKI A.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers », *CDE* 1980, p. 3.
- « Un Etat en violation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : l'exécution interne des décisions des institutions de Strasbourg », *in Protection des droits de l'Homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Varlag KG, Köln, 1988, pp. 149-158.
- « L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* SFDI, *La protection des droits de l'homme dans le cadre international*, Colloque de Strasbourg, Pedone, 1998, p. 42.

DREZMCZEWSKI A. et GIAKOUMOPOULOS Ch.,
- « Article 13 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 461.

DUBOUIS L.,
- « La portée des instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », *in* E. Smith (éd.) *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Economica, 1990, p. 139.
- « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », *in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 205.

DUGRIP O et SUDRE F.,
- « Droit à un procès équitable et exécution des décisions de justice », *JCP* 1999, II, 22949.

ECONOMIDES C.P.,
- « Le droit de recours individuel : moyen de renforcement de la démocratie », *in Démocratie et droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par le Gouvernement hellénique et le Conseil de l'Europe en coopération avec le Centre de droit économique international et européen de Thessalonique, Thessalonique, 24-26 septembre 1987, Engel, 1990, p. 73.

EIDE A.,
- « Human rights require responsabilities and duties », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruylant, 1999, p. 581.

EISSEN M.-A.,
- « La Convention et les devoirs de l'individu », *in La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Travaux du colloque organisé par la Faculté de droit de Strasbourg en liaison avec le Conseil de l'Europe, 14-15 novembre 1960, Dalloz, 1961, p. 167.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, pp. 151-162.
- « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP* 1986, p. 1574.
- « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 65.

ESMEIN P.,
- Préface pour « L'ordre public et le contrat » de Ph. Malaurie.

ESTOUP P.,
- « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Français », *Gaz. Pal*. 1990, doc., p. 110.

EVRIGENIS D.,
- « Le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », in M. Cappelletti (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff – Leyden-London-Boston, Klett-Cotta – Stuttgart, Bruylant – Bruxelles, Le Monnier – Firenze, 1978, p. 341.

- « Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du colloque d'Athènes sur la C.E.D.H., Strasbourg, 1979, p.70 ;

De FACENDIS D.,
- « Hannah Arendt et le mal » *in* D. Dagenais (dir.), *Hannah Arendt, le totalitarisme et le monde contemporain*, Canada, Les presses de l'Université de Laval, 2003, p. 80.

FERRAND F.,
- « La Convention européenne des Droits de l'Homme et la Cour de cassation », *RIDC* 1995, p. 691.

FLAUSS J.-F.,
- « L'application de l'article 6 de la Convention aux procédures arbitrales », *Gaz. Pal.* 2-3 juillet 1986, p. 2.
- « Le droit à un recours effectif, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1991, p. 324.
- « Les droits de l'homme, comme élément d'une constitution et de l'ordre européen », *LPA* 30 avril 1993, n° 52, p. 8.
- « A propos de la renonciation à la publicité des débats judiciaires », *RTDH* 1991, p. 491.
- « le contentieux de la satisfaction équitable devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Développements récents » ; *Europe*, juin 1992, pp. 1-4.
- « L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1992, pp. 461-468.
- « La Convention européenne des Droits de l'Homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA* 1995, chron. 524
- « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'Homme », Mélanges Mourgeon, pp. 415-437.
- « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *D.* 2003, chron. 227.

de FONTBRESSIN P.,
- « L'effet transcendantal de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 231.
- « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1995, p. 157.
- « Au-delà des approches institutionnelles. Le juge européen, un philosophe de l'action », *JCP* 1997, I, 4049.

FOYER J.,
- « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 749.

FREDON J.-M.,
- « La guerre culturelle n'aura pas (encore) lieu », *Le Monde*, 23 novembre 1999.

FREUND J.,
- « L'aliénation », *in Religion, société et politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 615.

FRICERO N.,
- « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : un enjeu pour l'Europe », *in* L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques, Colloque organisé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 13 mai 2005, *LPA* 2006, n° 44, p. 37.

FRISON–ROCHE M.-A.,
- « Les offices du juge », *in Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit, Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 463.

GANSHOF VAN DER MEERSH W.J.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? », *in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international,*Actes du 2ème colloque international sur la CEDH, Vienne 18-20 octobre 1965, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, p. 155.

- « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC* 1980, p. 317.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et les limites que leur assignent l'intérêt général et les droits d'autrui », *Bulletin de la classe des lettres et sciences morales et politiques*, 1985, p. 138.
- « Le caractère “autonome” des termes et la “marge d'appréciation” des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 201

GARAUD E.,
- « La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 126.
- « La réforme des règles de droit privé contraires à la jurisprudence de la CEDH – Les règles commerciales », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 171.
- « La violation d'un droit fondamental », *in* B. Fages (dir.), *Lamy Droit du contrat* 2006, éd. JNA, Etude n° 245.

GARAY A.,
- « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *RTDH* 1994, pp. 7-29.
- « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », *D.* 2006, chron. p. 103.

GAUCHET M.,
- « Droits de l'Homme », *in* F. Furet et M. Ozouf (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Chapitre 4, *Idées*, Flammarion, coll. Champs, 1992, p. 121.

GAUTIER P.-Y.,
- « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la CEDH », *D.* 2005, chron. p. 2773.

GERMAIN M.,
- « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 401.

GHESTIN J.,
- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in* Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.
- « L'autorité de la chose jugée des motifs d'une décision judiciaire en droit privé », *in Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 575.

GÖLCÜKLÜ F.,
- « Le droit à la vie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 417.

GOURON-MAZEL A.,
- « La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 1996, I, 3937.

de GOUTTES R.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la justice française en 1992 », *Gaz. Pal.* 1992, 1, Doct. 181.
- « Le juge français et la Convention européenne des Droits de l'Homme : avancées et résistances… », *RTDH* 1995, p. 605.
- « Protection : actions effectives au plan national » in *Tous concernés, L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Actes du Colloque organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2-4 septembre 1998, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 141.

- « A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *in Mélanges Pettiti*, pp. 251-265.
- « La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 563-578.

GUINCHARD S. et FRICERO N.,
- « Le nouveau Code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* J. Foyer et C. Puigelier (dir), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, p. 221.

GUTMANN D.,
- « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, Ed. du juris-Classeur, Paris, 1999, p. 329.

HAMMJE P.,
- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997, p. 1.

HENNEBEL L.,
- « L'"humanisation" du droit international des droits de l'homme. Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *RTDH* 2004, p. 747.

HOTTELIER M.,
- « Le noyau intangible des libertés », *in* P. Meyer-Bish (dir.), *Le noyau intangible des Droits de l'Homme*, éd. Universitaires de Fribourg, Fribourg, 1991, p. 68.

HAUSER J. et LEMOULAND J.-J.,
- « Ordre public et bonnes mœurs » *in Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil*.

IMBERT P.-H.,
- « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) », *RDP* 1989, p. 739.

JACOT-GUILLARMOD O.,
- « L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Wiarda*, 1988, p. 281.
- « Rapports entre démocratie et droits de l'homme » in *Démocratie et droits de l'homme*, Engel 1990 pp. 49-72.
- « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 41.

JAMIN Ch.,
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » *in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 441.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, chron. p. 901.

JAROSSON C.,
- « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 573.

JEANNEAU B.,
- « Vraie ou fausse résurgence des déclarations des devoirs de l'homme et du citoyen », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, *op. cit.*, spéc. p. 302.

JESTAZ Ph.,
- « François Gény : une image française de la loi et du juge », *in François Gény, Mythe et réalités*, Dalloz, 2000, p. 37.
- « Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ? », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 243.

JOUANJAN O.
- « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 44.

KARAGIANNIS S.,
- « Le territoire d'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme. *Vaetera et nova* », *RTDH* 2005, p. 33.

KISS A.,
- « La CEDH a-t-elle crée un ordre juridique autonome ? », *in Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Nemesis Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 493.

KLEBES H.,
- « Le Conseil de l'Europe survivra-t-il à son élargissement ? », *in Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 175-202.

KOUBI G.,
- « Respect du droit et droit au respect : le respect des droits », *RRJ* 2000, p. 13.

KOVAR R.,
- « L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection », *RDH* 1973, p. 685.

LABAYLE H.,
- « Article 24 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 2ème éd.,1999, p. 571.
- « Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 1990, I, 3452.

LALAUT C.,
- « Le contrat et la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 7-8 mai 1999, pp. 2-12.

LALUMIERE A.,
- « Allocution introductive », *in L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, *Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 9.

LAMBERT E.,
- « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : Plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH* 2000, pp. 199-227.

LAMBERT P.,
- « Compte rendu du Huitième colloque international du Conseil de l'Europe sur la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1996, pp. 131-132, sp. p. 132.
- « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », *in* F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l'IDEDH à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 63
- « Le XXIe siècle sera religieux ou ne sera (-t-il) pas ? », *in Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, pp. 1067-1082.
- « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'Homme : l'expérience de l'intervention des barreaux », *RTDH* 2006, p. 331

LAMBERT-FAIVRE Y.,
- « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998, pp. 1et s.

LARRALDE J.-M.,
- « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH* 2006, p. 35.

LECUYER H.,
- « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 38.

LE GLOAN J.,
- « L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux », *RDP* 1999, p. 1765.

LE GUNEHEC F.,
- « Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de victimes, Quatrième et dernière partie : Dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement », *JCP* 2000, Actualité, p. 1407-1410.

LE MIRE P.,
- « Article 17 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 509.

LOMBOIS C.,
- « La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1992, chron. LXVI, p. 323.

MACHERET A.,
- « Préface », *in* P. Meyer-Bisch (édité par) *Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, éd. Universitaire de Fribourg, 1989, p. 3.

MADIOT Y.,
- « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme », *in Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 209.

MALAURIE Ph.,
- « Rapport de synthèse », *in* Th. Revet (dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 105.
- « La Cour européenne des droits de l'Homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire *Odièvre* », *JCP* 2003, I, 120.
- « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205.

MALINVERNI G.,
- « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel / Frankfurt, an Main, 1989, p. 539.

MANESSIS A.,
- « La constitution au seuil du XXIe siècle », in R.-J. Dupuy (dir.), *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Droit et justice*, Pedone, 1999, pp. 673-694.

MARCUS HELMONS S.,
- « Quarante ans de Convention européenne pour la Belgique », *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 279.

MARGUENAUD J.-P.,
- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, T. 1, LGDJ, 1997, p. 45.
- « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », *in* F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 230-249 ;
- « La Cour européenne des droits de l'homme renouvelée », *D.* 1999, chron. 221.
- « L'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à la C.E.D.H. par la Cour de Strasbourg », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, Paris, 2001, pp. 208-232, spéc. p. 215 et s.

- « Rapport de synthèse », *in* L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques, Colloque organisé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 13 mai 2005, *LPA* 2006, n° 44, p. 44

MARGUENAUD J.-P. et MOULY J.,
- « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *D.* 2006, Chron. p. 477.

MARTENS P.,
- « L'humanité comme sujet de droit », *in* Th. Berns (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 207.

MARTIN R.,
- « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ? », *D.* 1994, chron. p. 308.
- « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, chron. p. 1444.
- « Le relevé d'office d'un moyen de droit, suite et fin », *D.* 2006, « point de vue », p. 2201.

MATHIEU A.,
- « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. 211.
- « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français, A propos des décisions 2002-458 DC et 2001-455 DC ».
- « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions », *D.* 2005, chron. p. 920.

MATSCHER F.,
- « Les contraintes de l'interprétation européenne, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, pp. 15-40.
- « Article 6 (suite), L'arbitrage et la Convention », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 2ème éd., 1999, p. 281.

MAUSS D.,
- « Inflation juridique et développement des normes », in Droit constitutionnel et Droits de l'homme, Rapports français au IIe Congrès mondial de l'Association Internationale de Droit constitutionnel, Paris – Aix-en-Provence, 31 août- 5 septembre 1987, Economica, PUAM, 1987.

MAYER P.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991 pp. 651-665.
- « L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *in* M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac (dir.) *Libertés et droits fondamentaux, Introduction, textes et commentaires*, Paris, Seuil coll. Essais, 2ème éd., 2002, pp. 250-265.

MAZEAUD A.,
- « Proportionnalité en droit social », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 64.

MAZEAUD D.,
- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : une nouvelle devise contractuelle », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Juris-classeur, 1999, p. 603.

McCARTHY T.,
- « Human rights and human duties, do we need a declaration of uman responsabilities ? Some personal observations », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 655.

MERCADAL B.,
- « De l'exception d'ordre public », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 241-247.

MESTRE J.,
- « L'influence de la Convention européenne des doits de l'homme sur le droit français des obligations », *European Review of Private Law*, 1994, pp. 31-45.
- « L'ordre public dans les relations économiques », *in* Th. Revet (sous la coordination de), L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz, 1996, p. 107

de MEYER J.,
- « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1988, pp. 125-131.

MEYER P.,
- « La Convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991, p. 651.

MEYER-BISCH P.,
- « D'une succession de générations à un système des droits humains », *in Karel Vasak amicorum liber, Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 333.

MEYER-BISCH P. et DURANT J.-P.,
- « Liminaire-avertissment », *in Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, 1987, Université de Fribourg, Suisse, p. 4.

MICHIAELIDES-NOUAROS G.,
- « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, pp. 216-235.

MIRKINE-GUETZEVITCH B.,
- « L'O.N.U. et la doctrine moderne des droits de l'homme (Théorie – Technique – Critique) », *RGDIP* 1951, pp. 161-198.

MOLFESSIS N.,
- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 31.

MOOR P.,
- « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », *in Mélanges offerts à Michel Fromont*, pp. 319-341.

MORANGE J.,
- « La crise de la notion de liberté publique », *in Mélanges Drago : L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 91.
- « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », *in Liberté, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1247.

MOURGEON J.,
- « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 391.
- « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », *in Liberté, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1265.

MOUTEL B.,
- « Une lente appropriation de l'effet horizontal », *in* J.-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La documentation Française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, 162 et s.

MUZNY P.,
- « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour EDH », *RDP* 2006, p. 977.

NANDRIN J.-P.,
- « La question des devoirs dans les premières déclarations françaises des droits de l'Homme », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, Face cachée des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 75.

NORMAND J.,
- « Principes directeurs du procès, office du juge, Fondement des prétentions litigieuses », *JCl. Procédure civile*, Fasc. 152.

OLINGA A.-D. et PICHERAL C.,
- « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, pp.567-604.

OPPETIT B.,
- « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311.

OREJA M.,
- « Souveraineté des Etats et respect des droits de l'homme », *in Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Varlag KG, Köln, 1988, p. 7.

OST F.,
- « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, Les voies du droit, paris, 1989, pp. 405-463.
- « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : amorce d'un nouveau "ius commune" ? », in De WITTE B. et FORDER C. (Dir.), Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, 1992, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, pp. 683-720.

OST F. et VAN DROOGHENBROECK S.,
- « La responsabilité, face cachée des Droits de l'Homme », *in* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, Face cachée des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 2 et s.

PAULIAT H. et SAINT-JAMES V.
- « L'effet horizontal de la C.E.D.H. », *in* J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2001, p. 77.

PELLOUX P.,
- « L'étude des droits de l'homme doit être interdisciplinaire », *in* René Cassin *Amicorum discipulorumque Liber, tome IV, Méthodologie des droits de l'homme*, Pedone, Paris, 1972, p. 9.

PETELESCU I.,
- « La contribution du droit international de la responsabilité à la protection des droits de l'Homme. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c. République de Modalvie et Fédération de Russie », *RGDIP* 2005, pp. 581-607.

PETTITI Ch.,
- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit social français », *in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1283.

PETITI L.-E.,
- « L'applicabilité directe de la Convention en droit français », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1980, p. 60
- « le rôle de l'équité dans le système juridique de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Justice, Médiation, Equité*, La documentation française, 1992 p. 35.
- « René Cassin, juge à la Cour européenne des droits de l'homme », *RDH* 1985, n° spécial René Cassin, p. 106.
- « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article,* 2ème éd., Economica, 1999, p. 27

PICARD C.,
- « Article 26 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 591.

PICARD E.,
- « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17.

PIROVANO,
- « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, Chron. 67.

PRADEL J.
- « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D*. 2000, point de vue, p. V.

PUECH M.,
- « Une décision motivée », *in* D. D'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et justice, 2003, p. 235.

PUTMANN E.,
- « L'incidence du droit communautaire en droit privé français », *RRJ* 1997, p. 435.

RAVANAS,
- « Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation "défectueuse de travail" », *D.* 2003, chron. p. 1305.

RAVAUD B.,
- « Article 20 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 543.

RAYMOND J.,
- « L'article 1 du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers », H. Petzold et F. Matscher (ed.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 531.

REES G.,
- « Effets des arrêts de la Cour EDH en droit interne et pour les tribunaux nationaux », *in Actes du 5ème colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Francfort, 9-12 avril 1980, Paris, Pedone, 1982, pp. 235-313.

RENUCCI J.-F.,
- « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *Droit et Patrimoine* 1999, p. 84.
- « Le réexamen d'une décision de justice dans l'intérêt des droits de l'homme », *D*. 2000, chron. p. 655.

REVET Th.,
- « La légisprudence », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 377.

RIDEAU J.,

- « Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international », *in Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Rapports français au IIème Congrès Mondial de l'Association Internationale de Droit constitutionnel, Paris - Aix-en-Provence, 31 août - 5 septembre 1987, Economica, PUAM, 1987, p. 205.

RIGAUX F.,

- « La protection de la vie privée en Europe » in De WITTE B. et FORDER C. (Dir.), Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, 1992, Ed. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands. pp. 185-213.
- « Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel », *RTDH* 1992, pp. 215-225.
- « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », *RCJB* 1987, p. 5.
- « La conception occidentale des droits fondamentaux face à l'Islam », *RTDH* 1990, p. 105.
- « Kelsen et le droit international », *RBDI* 1996, pp. 381-408.
- « Logique et droits de l'homme », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal,*Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1197.

RIGAUX M.-F.,

- « Démocratie relative et relativité du modèle démocratique », *in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 413.

RIQUET M.,

- « Morale et droits de l'Homme », *in René Cassin Amicorum discipulorumque liber, t. IV, Méthodologie des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1972, p. 91.

RIVERO J.,

- « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », *René Cassin Amicorum discipulorumque liber, t. III, protection des droits de l'homme entre personnes privées*, Pedone, Paris, 1971, p. 311.
- « Les "principes fondamentaux" reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle », *D.* 1972, chron. 265.
- « Les limites de la liberté », *in Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrétien, 1998, p.189.
- « La déclaration de 1789 : Mort et transfiguration », *LPA*, n° spécial, 14 juillet 1989.

RIVIERE F.,

- « L'intégration "paisible" de la Convention européenne des Droits de l'Homme en Suisse », *RTDH* 1999, pp. 461-477.

R-MBAYA E.,

- « Symétrie entre droits et devoirs dans la Charte africaine des droits de l'homme », *in in* P. Meyer-Bisch (édité par) *Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, éd. Universitaire de Fribourg,1989, p. 39.

ROLIN H.,

- « Conclusions », *in La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Travaux du colloque de Strasbourg, 14-15 novembre 1960, Annales fac. Strasbourg,, éd. dalloz, 1961, p. 405.

ROUJOU DE BOUBEE G. et DE LAMY B.,

- « A propos de la création en procédure pénale d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme », *D.* 2000, Point de vue, V-VI ;

ROUSSEAU D.,

- « Les droits de l'homme de la troisième génération », *in Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, Paris, 1987, pp. 125 et s.
- « L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité », *in* D. Rousseau et F. Sudre (dir.) *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier des 20-21 janvier 1989, Ed. STH, 1990, pp. 117-136.
- « Fonder la politique sur les droits de l'homme », *Le Monde* 16 juillet 1999, p.16.

SAVATIER R.,
- « Le droit de la personne et l'échelle des valeurs », *in Mélanges Gothot*, Liège, 1962, p. 567-605.

SHARPE J. L.,
- « Article 50 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 809.

SCHEUNER U. ,
- « Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que judiciaires », *in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Actes du 2ème colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Vienne, 10-20 octobre 1965, presses universitaires de Bruxelles, 1968, pp. 347-410.

de SCHUTTER O.,
- « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Un essai en démolition », *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques* 1992, pp. 83-127.
- « La cause significative et la Convention européenne des droits de l'homme », *Annales de droit de Louvain* 1994-4, p. 445-475.
- « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *RBDI* 1997, pp. 21-68.
- « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *CDE* 1998, p. 319.
- « L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements : vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle de droit familial* 1999, pp. 427-455.
- « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH* 1999, pp. 827-863.
- « Les générations des droits de l’Homme et l’interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *in Juger les droits sociaux*, Acte du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l’OMIJ n° 2, PULIM, 2004.

SERMET L.,
- « Le droit à la vie, valeur fondamentale des sociétés démocratiques, et le réalisme jurisprudentiel », *RFDA* 1999, p. 988.

SOYER J.-Cl.,
- « L'avenir de la vie privé (face aux effets pervers du progrès et de la vertu…) », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz, Ed. du Juris-Classeur, Paris, 1999, pp. 343-348.

SPIELMANN A.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », *in Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 673-686.

SPIELMANN A. et D.,
- « La notion d'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *in L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 58.

SPIELMANN D.,
- « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *in* F. Sudre (dir.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque organisé par l’I.D.E.D.H. à Montpellier les 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 133 et s.

SUNBERG F.,
- « Le contrôle de l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme », *in Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1515.

SUDRE F.,
- « Extradition et peine de mort : arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP* 1990, p.108.

- « L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH* 1991, p. 259.
- « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, pp. 363-384.
- « droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? » *in Liber amicorum Marc-André Eissen,* Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 381-398
- « Existe-t-il un ordre public européen ? » in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe Pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.
- « Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », Mélanges Pettiti, pp. 687
- « Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie », Mélanges Ch. Mouly, pp.375-385.
- « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole 11 additionnel à la Convention », *JCP* 1995, I, 3849.
- « Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *in Territoires et liberté, Mélanges en hommages au doyen Yves Madiot*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 431-448
- « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1359-1376
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *JCP* 2001, I, 335.
- « L'ordre public européen », *in* M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2001, p. 109 ;
- « La dimension internationale et européenne des droits fondamentaux », *in* R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux,* Dalloz, Paris, 11ème éd., 2005, pp. 35-56.

SUPIOT A.,
- « les Droits de l'Homme, mode d'emploi », *in Du droit du travail aux droits de l'humanité, Etudes offertes à Jean-Philippe Hesse,* Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 421-438.

TAVERNIER P.,
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la distinction droit public - droit privé », *in Liber amicorum M.-A. Eissen*, pp. 399-413.

TCHIRKOVITCH S.,
- « La déclaration universelle des droits de l'homme et sa portée internationale », *RGDIP* 1949, pp. 359-386.

TENEKIDES G.,
- « La Cité d'Athènes et les droits de l'homme », *in Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G. Wiarda,* Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 605-639.
- « Rapports entre démocratie et droits de l'homme », *in Démocratie et droits de l'homme,* Engel 1990, pp. 10-48.

TERRE F.
- « L'information ? Des libertés aux droits subjectifs », *Legipresse* 1995, n° 119, II, p. 19.
- « Rapport introductif », *in* Th. Revet (Dir.) *L'ordre public à la fin du XXème siècle,* Dalloz, Paris, 1996, pp. 3-12.

TITIUN P.,
- « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la motivation des décisions internes », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal,*Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1403-1408

TOTH J.,
- « Les droits de l'homme et la théorie du droit », *in Méthodologie des droits de l'homme, René Cassin Amicorum discipulorumque liber,* T. IV, Paris, Pedone, 1972, pp. 69-88.

TRUYOL A.,
- « Doctrines contemporaines du droit des gens », *RGDIP* 1951, p. 23.

TULKENS F.,
- « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *in Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, p. 1605.

TULKENS F. et DONNAY L.,
- « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC* 2006, p. 3.

TUNC A.,
- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449.

VAILHE J.,
- « L'application de la CEDH et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises », *RTDH* 1999, pp. 235-252.

VALTICOS N.,
- « Universalité et relativité des droits de l'homme », *in Mélanges en hommage à Louis-Edmont Pettiti*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 737-750.
- « La notion des droits de l'homme en droit international », Mélanges Virally, pp. 483-491.
- « Interprétation juridique et idéologies », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*,Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1471.

VAN BOVEN Th.,
- « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 125.

VAN COMPERNOLLE J.
- « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 495-506.

VAN DROOGHENBROECK S.,
- « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme », *in* Ph. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2000, p. 335.

VATINET R.,
- « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *in* Existe-t-il un contrôle de proportionnalité en droit privé ? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 58.

VASAK K.,
- « Egoïsme et droits de l'Homme (Esquisse pour un procès) » *in Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pédone, 1968, pp.357-368.
- « Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'homme, introduction et texte », *in* P. Meyer-Bisch (édité par) *Les devoirs de l'Homme, De la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Actes du Vème colloque interdisciplinaire sur les droits de l'Homme, éd. Universitaire de Fribourg,1989, p. 9.

VEGLERIS Ph.,
- « Modes de redressement des violations de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Pedone, 1968.
- « Préliminaires à la méthodologie des droits de l'homme », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber – III – Méthodologie des droits de l'homme*, Pédone, 1969, p. 30.

VELU J.,
- « Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la C.E.D.H. », *in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Colloque Bruxelles 24 et 25 avril 1975*, éd. larcier, 1978

- « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *RBDI*, 1980, pp. 293-316.
- « Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention européenne », *in* Conseil de l'Europe, *6ème colloque international sur la C.E.D.H.*, Séville, 1985, ronéo, p. 50.
- « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : Vues de droit comparé sur des évolutions en cours », *in Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527-562.
- « Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales », *in* Paul Mahoney et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*,Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1511.

VIGOUROUX C.,
- « La mise en application de la loi sur la présomption d'innocence et le droit des victimes », *D.* 2000, interview, p. VII.

VIRALLY M.
- « Droits de l'homme et théorie générale du droit international », in Mélanges Cassin, t. IV, pp. 323-330.

De VISSER Ch.,
- « Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques exemples récents », *Rev. dr. int. et de légil. Comp*., 1927, p. 245.

VOYAME J., COTTIER B. et ROCHA B.,
- « L'abus de droit en droit comparé », *in L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles, Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen*, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 23.

ZANGHI C.,
- « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées (Italie) », *in René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber, Tome III - La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, Paris, 1971, p. 269.

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE FRANCAISE

TGI

- TGI Paris 27 janvier 1987, *Droit social* 1987, p. 469.

COUR D'APPEL

- Bordeaux, 23 octobre 1987, *Lalanne Sutter*, *Lexi-laser cassation*.
- Versailles, 2 novembre 2000, *JCP*, II, 10085, p. 1001, note J. Ravanas.
- Versailles, 6 févier 2003 ; *D.* 2003, p. 720, note P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2003, p. 766, obs. J. Raynard ; *Annuaire de droit européen* 2003, p. 742, obs. J. Raynaud.

COUR DE CASSATION

- Cass. civ. 1ère, 16 février 1970, *Bull. civ.* I, n° 57.
- Cass. civ. 2ème, 12 janvier 1972, *Bull. civ.* II, n° 60.
- Cass. com., 30 mai 1972, *Bull. civ.* IV, n° 168.
- Cass. civ. 2ème, 4 octobre 1972, *Bull. civ.* II, n° 230.
- Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre*, ; *JCP* 1975, II, 18180 bis, concl. A. Touffait ; *JDI* 1975, p. 801, note D. Ruzié ; *AJDA* 1975, p. 567, note J. Boulouis ; *AFDI* 1976, p. 867, chron. J.-F. Lachaume ; *RDP* 1975, p. 1335, note L. Favoreu et L. Philip ; *RGDIP* 1976, p. 690, note C. Rousseau ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux.
- Cass. crim. 2 juin 1975, *Respino, Bull. crim,* n° 141, p. 382.
- Cass. Crim. 30 juin 1976, *Glaeser-Touvier, Bull.* n° 236 ; *JCP* 1976, II, 18435 rapp. Mongin ; *D.* 77, p. 1, note P. Coste-Floret.
- Cass. crim. 5 décembre 1978, *D.S.* 1979, p. 50, note S. Khering.
- Cass. com. 17 mars 1981, *Bull. civ.* IV, n° 147, p. 115.
- Cass. Civ. 1ère 10 janvier 1984, *Renneman*, *JCP* 1984, II, 20210, Concl. M. Gulphe.
- Cass. civ. 2ème, 14 février 1985, *Bull. civ.* II, n° 38.
- Cass. Crim., 18 mars 1986, *Gardeil*, *D.* 1988, p. 568.
- Cass. civ. 1ère 22 juillet 1986, *Bull. civ.* I, n° 225.
- Cass. Civ. 1ère, 16 février 1988, *Bull*. I., n° 38.
- Cass. civ. 1ère, 15 novembre 1989, *Lalanne Sutter*, *Lexi-laser cassation*.
- Cass. Civ. 1ère 23 octobre 1990, *Bull.* I, n° 222, p. 158.
- Cass. Civ. 3ème 27 février 1991, *Bull.* III, n° 67, p. 39.

- Cass. civ. 1ère, 16 avril 1991, *Bull. civ.* I, n° 144.
- Cass. Soc. 20 novembre 1991, *D.* 1992, 73, concl. Chauvy.
- Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992.
- Cass. crim. 3 février 1993, *Kemmache*, *Bull. crim*. n° 109.
- Cass. civ. 1ère, 16 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 210.
- Cass. Crim. 4 mai 1994, *Saïdi*, *Bull. crim*. n° ; *J.C.P.* 1994, II, 22349.
- Com. 3 mai 1995, *D.* 1997, p. 124, note. F. Eudier.
- Cass. Civ. 3ème 6 mars 1996, *Mel yedei* ; *RTD civ.* 1996, p. 580, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1996, p.1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1996, I, 3958, obs. Ch. Jamin ; *JCP* 1997, II, 22764, note Nguyen Van Tuong ; *D.* 1997, p. 167, note B. de Lamy.
- Cass. Civ. 1ère 25 juin 1996 ; *RTD civ*. 1996, obs. J. Hauser ; *JCP* 1997, II, 22834, note Ph. Malaurie ; *Dr. famille*, décembre 1996, p. 17, note B. Beignier ; *Defrénois* 1997, art. 36516, p. 310, obs. J. Massip ; *JCP* 1997, I, 4021, n° 1, obs. R. Le Guidec.
- Cass. Civ. 3ème, 12 février 1997, *Bull. civ.* III, n° 33 ; *Loyers et copropriété* 1997, n° 122, obs. G. Vigneron.
- Cass. civ. 1ère, 22 avril 1997 ; *JCP* 1997, II, 22944, note Bolard ; *RTD civ.* 1998, 464, obs. Normand.
- Cass. soc. 4 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 64.
- Cass. civ. 3ème, 4 mars 1998, pourvoi n° 96 11-399.
- Cass. soc., 19 mars 1998, Bull. n°158.
- Cass. soc., 24 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 171, p. 125.
- Cass. com., 20 octobre 1998, *Contrats, conc., consom.*, avril 1999, n° 61, obs. S. Paillot-Peruzetto.
- Cass. soc. 12 janvier 1999, *Spileers c. SARL Omni Pac* ; *D.* 1999, p .645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTD civ.* 1999, p. 358, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. Mestre ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. Ray ; *RJPF* mai 1999, n° 3, p. 8, note E. Garaud ; *Travail et protection sociale* 1999, chron. 6, Ch. Pettiti, L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection du domicile du salarié ; *RJS* 1999, p. 94, chron. J. Richard de la Tour ; *Cah. Soc. barreau Paris*, n° 110, A. 25, p. 159, obs. R. Wintgen.
- Cass. Civ. 1ère, 15 févr. 2000, *Bull*. I, n° 49.
- Cass. com., 22 février 2000, *Bull. civ.* IV, n° 39.
- Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101 ; *D.* 2000, IR, p. 105.
- Cass. civ. 1ère 30 mai 2000, *Bull. civ*. I, n° 169, p. 109 ; *RTD civ*. 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fagès ; *RTD civ.* 2000, p. 863, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. Chazal ; *Defrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, conc. Consom. 2000, n° 142, obs. L. Leveneur ; *D.* 2001, somm. p. 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001, II, 10461, note G. Loiseau.
- Cass., Com. réexamen déc. pén., 30 novembre 2000, *D.* 2001, I.R., p. 182.

- Cass. Ass. Plén., 9 février 2001, *Bull*., n° 3 ; *D*. 2001, p. 1493, note E. Alfanderi ; *D*. 2002, somm. p. 1522, obs. Cl. Giverdon ; *AJDI* 2001, p. 611, obs. Cl. Giverdon ; *JCP* ed. N 2001, n° 36, p. 1301, obs. M. Thioye.

- Cass. soc., 2 octobre 2001, *Sté Nikon France SA c. M. Onouf* ; *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. Gautier ; *D.* 2002, somm. p. 2296, obs. C. Caron ; *Comm. com. électr*. 2001, comm. 120, obs. A Lepage ; *RJS* 2001, n° 12, p. 940, note F. Favennec-Hery ; *Dr. Soc*. 2001, p. 915, note J.-E. Ray ; *RTD civ*. 2002, p. 72, obs. J. Hauser.

- Cass., Com. réexamen déc. pén., 8 novembre 2001, *D.* 2002, I.R., p. 374.

- Cass., Com. réexamen déc. pén., 6 décembre 2001, *D.* 2002, I.R., p. 457.

- Cass. Civ. 3ème, 18 décembre 2001, *AJDA* 2002, p. 461, obs. P. Capoulade.

- Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2002, *D.* 2002, somm. p. 1543, obs. Ch. Caron.

- Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932 ; *RTD civ.* 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fagès ; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. Gridel ; *D*. 2002, p. 1862, note J.-P. Chazal.

- Com. réex. 30 mai 2002, *BICC* n° 560, p. 17, conclusions M. de Gouttes et rapp. Mme Quenson.

- Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2002, *Bull*. I, n° 195.

- Cass. Soc., 30 octobre 2002, *Bull*. V, n° 332 ; *Procédures*, fév. 2003, n° 39, obs. Perrot.

- Cass. soc. 26 novembre 2002 ; *D.* 2003, p. 394, obs. A. Fabre ; *RTD civ.* 2003, p. 58, obs. J. Hauser ; *Dr. soc*., février 2003, p. 225, note J. Savatier ; *D.* 2003, somm. p. 1536, obs. A. Lepage ; J. Ravanas, « Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation "défectueuse" de travail », *D.* 2003, chron. p. 1305.

- Cass. Civ. 3ème, 18 décembre 2002, *Amar et autres*, pourvoi n° 01-00.519, *Bull. civ.* III, n° 262 ; *AJDI* 2003, p. 182, avis de l'avocat général O. Guérin et note Y. Rouquet ; *RJPF* 2003, p. 9, obs. E. Garaud ; *Dr. et procédures*, 2003, 157, obs. B. Vareille ; *RTD civ.* 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ*. 2003, p. 383, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003, p. 575, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2003, p. 220, obs. A. Marais ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. Lardeux.

- Cass. civ. 1ère, 23 avril 2003, *SA Cogedipresse c. Mme Grimaldi* ; *JCP G*, II, 10085, note J. Ravanas, *D.* 2003, somm. p. 1539, obs. A. Lepage ; *D.* 2003, p. 1854, note Ch. Bigot.

- Cass. civ. 3ème, 12 juin 2003, *EURL Alartex c. SNC Les Marguerites*, pourvoi n° 02-10.778, *Bull. civ.* III, n° 125 ; *D.* 2003, AJ, p. 1694, note Y. Rouquet ; *JCP* 2003, II, 1190, note F. Auque ; *D*. 2004, p. 367, note C.-M. Bénard ; *RTD civ*. 2003, p. 771, obs. J. Raynard ; *RTD civ*. 2004, p. 280, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 281, obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2004, p. 348, obs. G. Lardeux ; *RDC* 2004, p. 465, obs. A. Marais.

- Cass. Com., 8 juillet 2003, *SA Banque Internationale pour le commerce et l'industrie de la Guinée c. SARL Grégori International* ; *JCP* 2005, II, 10111, note H. Kenfack et B. de Lamy.

- Cass. Civ. 1ère 9 juillet 2003, *JCP* , II, 10139, note J. Ravanas.

- Cass. civ. 2ème 10 juin 2004, *Comité d'établissement Pierre Bénite*, *D*. 2005, p. 469, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP E*., 2005, 660, comm. J. Raynaud ; *RJPF*, 11/9, obs. E. Putman.

- Cass. soc., 3 novembre 2004, *Sté Mona Lisa c. Mme Ilhame Bekkouche*, pourvoi n° 03-40.158, inédit ; *RDC* 2005, p. 381, obs. Ch. Radé.

- Cass. soc, 17 mai 2005, *Philippe X c. Cabinet-Science*, pourvoi n° 03-40.017 ; *Comm. com. Electr*. juillet 2005, comm. 121, obs. A. Lepage.

- Cass. civ. 1ère, 14 juin 2005, *Eva Joly et Sté Editions Les Arènes c. Ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris*, pourvoi n° 03-17730, *Bull civ*. I, n° 261 ; *Légipresse* n° 228, Janvier/Février 2006, 224-22, p. 1, obs. J.-Y. Dupeux.
- Cass. civ. 1ère, 21 juin 2005, pourvoi n° 02-19831, *Bull civ*. I, n° 271.

- Cass. soc. 30 septembre 2005, pourvoi n° 04-47.130, Bull. V, n° 279, p. 243 ; *JCP* 2005, II, 10180, note Ph. Bonfils ; P.-Y. Gauthier, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme », *D.* 2006, chron. p. 2773 ; L. Cadiet (dir.), « Droit judiciaire privé », *JCP* 2006, I, 133, n° 11.

- Cass. Ass. plén., 18 janvier 2006, pourvoi n° 02-80.787, *JCP* 2006, II, 10075, note J. Leblois-Happe.

- Cass. Civ. 3ème, 22 mars 2006, pourvoi n° 04-19.349, *LPA* 26 juillet 2006, n° 148, obs. E. Garaud ; *Loyers et copropriété* 2006, n° 93, comm. B. Vial-Pedroletti ; *Revue des loyers* 2006, p. 287, obs. J. Remy.

- Cass. Civ. 3ème, 8 juin 2006, *Epoux X c. Syndicat des copropriétaires Les jardins de Gorbella, représenté par son syndic la société anonyme Borne et Delaunay*, pourvoi n° 05-14.774 ; *LPA* 5 juillet 2006, n° 133, p. 9, note D. Fenouillet.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const. 15 janvier 1975, *D.* 1975, p. 529, note L. Hamon, *AJDA* 1975, pp. 134-138, note J. Rivero.

- Cons. const. 23 janvier 1987, n° 86-224, , *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* n° 41.

CONSEIL D'ETAT

- CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *JCP* 1989, II, 21371, concl. P. Frydman ; *RFDA* 1989, p ;813, concl. P. Frydman, note B. Genevois ; *D.* 1990, 135, note Sabourin ; *JDI* 1990, 105 ; *RCDIP* 1990, 125, concl. P. Frydman, note P. Lagarde ; RTDE 1989, p. 787, obs. G. Isaac.

- CE, 11 février 2004, Mme Chevrol, *D.* 2004, jur. 14114, concl. R. Schwartz ; *AJDA* 2004, p. 439, chron. F. Donnat et D. Casas ; J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme. Considérations générales autour de l'arrêt du Conseil d'Etat, du 11 février 2004, *Mme Chevrol* », *RFDA* 2005, chron. p. 163.

COMMISSION EDH - RAPPORTS

- Rapport du 24 juin 1965, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*,

- Rapport du 27 mai 1974, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, req. n° 4464/70.
  AFDI 1975, pp. 341-342, chron. G. Cohen-Jonathan et J.-P. Jacqué.

- Rapport du 6 juillet 1976, *De Geïllustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas*, req. n° 5178/71.
  AFDI 1976, pp. 132-134, chron. G. Cohen-Jonathan.

- Rapport du 13 décembre 1979, *Stanley Hamer c. Royaume-Uni*, req. n° 7114/75.

- Rapport du 14 décembre 1979, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, req. n° 7601/76 et 7806/77
  AFDI 1980, pp. 362-365, chron. G. Cohen-Jonathan et J.-P. Jacqué.

- Rapport du 12 mars 1987, *Nielsen c. Danemark*, req. n° 10929/84.

- Rapport du 8 octobre 1991, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, req. n° 13134/87.

- Rapport du 31 août 1993, *Lopez Ostra c. Espagne*, req. n° 16798/90.

- Rapport du 18 septembre 1997, *A contre Royaume-Uni*, req. n° 25599/94.

COMMISSION EDH - DECISIONS

- Décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60.

- Décision du 18 décembre 1963, req. n° 1906/63.

- Décision du 1er avril 1968, *X c. Allemagne*, req. n° 2646/65.

- Décision du 3 février 1970, *X c. Belgique*, req. n° 4072/69.

- Décision du 10 juillet 1978, *Chypre c. Turquie*, req. n° 8007/77.

- Décision du 13 mai 1980, *X c. Royaume-Uni*, req. n° 8416/78.

- Décision du 3 mai 1983, *X c. Pays-Bas*, req. 9322/81.

- Décision du 6 décembre 1983, *France et autres Etats c. Turquie*, req. n° 9940/82 à 9944/82.

- Décision du 8 mars 1985, *Knudsen c. Norvège*, req. n° 11045/84.

- Décision du 18 juillet 1986, *H. c. Royaume-Uni*, req. n° 11590/85.

- Décision du 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. R.F.A.*, req. n° 12242/86.

- Décision du 9 mai 1990, *Van Volsem c. Belgique*,
  RUDH 1990, p. 349, obs. F. Sudre ; *RDP* 1989, p. 739, note P.-H. Imbert, Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s).

- Décision du 3 mai 1993, *Karaduman c. Turquie*, req. 16278/90.

- Décision du 7 mars 1994, *Whiteside c. Royaume-Uni*, req. n° 20357/92.
- Décision du 3 décembre 1996, *Konttinen c. Finlande,* req. n° 24949/94.
- Décision du 14 décembre 1996, *Danini c. Italie*, req. n° 22998/93.
- Décision du 15 décembre 1996, *R. et S. Nick et S. Hokkanen c. Finlande*, req. n° 24627/94.
- Décision du 9 avril 1997, *Louise Stedman c. Royaume-Uni*, req. n° 29107/95.

COUR EDH – DECISIONS

- Décision du 4 mai 1999, *Natale Marzari c. Italie*, req. n° 36449/97.
- Décision du 27 avril 2000, *Arman Haser c. Suisse*, req. n° 33050/96.
- Décision du 29 août 2000, *Jahnke et Lenoble c. France*, req. n° 40490/98.
- Décision du 14 novembre 2000, *Sciavilla c. Italie*, req. n° 36735/97.
- Décision du 13 février 2001, *Meneghini c. Italie*, req. n° 51677/99.
- Décision du 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, req. n° 42393/98.
  AJDA 2001, p. 482, obs. J.-F. Flauss.
- Décision du 20 mars 2001, *Gisèle Taieb dite Halimi c. France*, req. 50614/99.
  AJDA 201, p. 1071, obs. J.-F. Flauss.
- Décision du 2 octobre 2001, *Pichon et Sajou c. France*, req. n° 49853/99.
  JCP E 2002, obs. J. Raunaud.
- Décision du 12 décembre 2001, Gde Ch., *Bankovic et autres contre 17 Etats*, req. n° 52207/99.
  JCP 2002, I, 105, n° 1, obs. F. Sudre ; *D*. 2002, p. 2567, obs. J.-F. Renucci ; *RTDH* 2002, p. 1055, obs. G. Cohen-Jonathan ; *CDE* 2002, p. 752, obs. J. Andriantsimbazovina.
- Décision du 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie c. Moldavie*, req. n° 45701/99.
  AJDA, 2002, p. 503, obs. J.-F. Flauss.
- Décision du 10 janvier 2002, *Unison c. Royaume-Uni*, req. n° 53574/99.
  D. 2003, p. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.
- Décision du 22 février 2002, *Schüssel c. Autriche*, req. n° 42409/98.
- Décision du 23 avril 2002, *Borderie c. France*, req. n° 53112/99.
- Décision du 14 mai 2002, *Jitka Zehnalova et Otto Zehnal c. République tchèque*, req. n° 38621/97.
- Décision du 27 juin 2002, *Fédération des syndicats de travailleurs offshore et autres c. Norvège (Federation of Offshore Worker's Trade Unions c. norvège)*, req. n° 38190/97.
  D. 2003, p. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.
- Décision du 5 septembre 2002, *Boso c. Italie*, req. n° 5049/99.
  RTD civ. 2003, p. 371, obs. J.-P. Marguénaud.
- Décision du 7 novembre 2002, *Madsen c. Danemark*, req. n° 58341/00.

- Décision du 8 août 2003, *Lyons et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 15227/03.

- Décision du 26 août 2003, *Milhescu c. Roumanie*, req. n° 47748/99.

- Décision du 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, n° 65831/01.

- Décision du 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*,
  D. 2004, 1261, note F. Boulanger.

- Décision du 1er avril 2004, *Wroblewski c. Pologne*, req. n° 52077/99

- Décision du 6 avril 2004, *S.B. et autres c. Belgique*, req. n° 63403/00

- Décision du 6 juillet 2004, *97 membres de la Congrégation de Gldani des témoins de Jéhovah et quatre autres contre la Géorgie* du 6 juillet 2004, req. n° 71156/01.

- Décision du 31 août 2004, *Roman et Hogea c. Roumanie*, req. n° 62959/00.

- Décision du 1er mars 2005, *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02.

- Décision du 3 mars 2005, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et la Russie*, req. n° 60861/00.

- Décision du 14 mars 2006, *Saddam Hussein c. 21 Etats*, req. n° 23276/04.

COUR EDH – ARRETS

- Arrêt du 1er juillet 1961, *Lawless c. Irlande*, série A n° 3.

- Arrêt du 27 juin 1968, *Wemhoff c. RFA*, série A n° 7.

- Arrêt du 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, série A n° 8.

- Arrêt du 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, série A n° 6
  AFDI 1968, p. 201, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 8, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp (« vagabondage ») c. Belgique*, série A n° 12.
  GACEDH, n° 18, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, série A n° 18.
  AFDI 1975, p. 330, obs. R. Pelloux ; *GACEDH*, n° 25, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, Série A n° 19.
  JDI 1978, p. 685, obs. P. Rolland ; *AFDI* 1976, p. 121, chron. R. Pelloux « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *RDH* 1976, p. 71, note G. Sperduti.

- Arrêt du 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, série A, n° 20.
  CDE 1978, p. 344, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1976, p. 122, chron. R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme ».

- Arrêt du 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, Série A, n° 21.
  CDE 1978, p. 348, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1976, pp. 122-127, chron. R. Pelloux, « Trois affaires syndicales devant la Cour européenne des droits de l'Homme ».

- Arrêt du 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A n° 22-A.
  GACEDH n° 4, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Petersen c. Danemark*, série A n° 23.
  GACEDH, n° 55, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n° 24.
  JDI 1977, p. 706, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 7, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A n° 25.

- Arrêt du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A n° 26.
  AFDI 1978, p. 400, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1979, p. 471, obs. G. Cohen-Jonanthan ; *JDI* 1980, p. 457, obs. P. Rolland.

- Arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. RFA*, série A n° 28.

- Arrêt du 29 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A n° 30.
  GACEDH n° 56, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, série A n° 31.
  CDE 1980, p. 473, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland ; M. Bossuyt, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RBDI* 1980, pp. 53-81 ; F. Rigaux, « La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'Homme », *JT* 1979, pp. 513-524 ; *GACEDH*, n° 48, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A n° 32.
  AFDI 1980, p. 323, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 511, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 2, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 27 février 1980, *Deweer c. Belgique*, série A n° 35.

- Arrêt du 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, série A n° 37.
  AFDI 1981, p. 288, obs. R. Pelloux ; *CDE* 1982, p. 213, obs. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1982, p. 202, obs. P. Rolland.

- Arrêt du 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, série A n° 44.
  CDE 1982, p. 226, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI* 1982, p. 499, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 220, obs. P. Rolland.

- Arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, série A n° 45.
  JDI 1982, p. 185, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 41, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, série A n° 52.
  GACEDH, n° 64, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 10 février 1983, *Albert et Lecompte c. Belgique*, série A, n° 58.

- Arrêt du 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*, série A n° 70.

- Arrêt du 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, série A n° 80.

- Arrêt du 10 juillet 1984, *Guincho c. Portugal*, série A n° 81.

- Arrêt du 26 octobre 1984, *de Cubber c. Belgique*, série A n° 86.

- Arrêt du 12 février 1985, *Colozza c. Italie*, série A n° 89.

- Arrêt du 25 mars 1985, *Barthold c. R.F.A.*, série A n° 90.

- Arrêt du 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91.

RSC 1985, p. 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI* 1986, p. 1082, obs. P. Rolland ; *CDE* 1988, p. 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

- Arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, série A n° 94.
  JDI 1986, p. 1084, obs. P. Rolland.

- Arrêt du 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, série A n° 98.
  GACEDH, n° 65, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, série A n° 102.

- Arrêt du 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, série A, n° 103.

- Arrêt du 28 août 1986, *Kosiek c. R.F.A.*, série A n° 105.

- Arrêt du 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, série A n° 106.
  JDI 1987, p. 796, obs. P. Rolland.

- Arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, série A n° 112.
  GACEDH, n° 47, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, série A n° 113.
  GACEDH, n° 62, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 8 juillet 1987, *B. c. Royaume-Uni*, série A n° 121-B.

- Arrêt du 8 juillet 1987, *W. c. Royaume-Uni*, série A n° 121-A.

- Arrêt du 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, série A n° 128.
  JDI 1988, p. 892, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 24 mai 1988, *Müller c. Suisse*, Série A, n° 133.
  AFDI 1989, p. 549, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1989, p. 812, obs. P. Rolland ; *GACEDH*, n° 57, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, série A n° 132.

- Arrêt du 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte Für Das Leben » c. Autriche*, série A n° 139.
  JDI 1989, p. 824, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 28 novembre 1988, *Nielsen c. Danemark*, série A n° 44.

- Arrêt du 6 décembre 1988, *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne*, série A, n° 146.

- Arrêt du 22 juin 1989, *Eriksson c. Suède*, série A n° 156.
  JDI 1989, p. 714, obs. P. Rolland ; *RTDH* 1990, p. 131, obs. Ch. Panier.

- Arrêt du 7 juillet 1989, *Union Alimentaria Sanders SA c. Espagne*, série A n° 157.

- Arrêt du 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, série A n° 160.
  RTDH 1990, p. 353, obs. P. Lambert.

- Arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, série A n° 161.
  RTDH 1990, p. 62, obs. W.J. Ganshof van der Meersch ; *RGDIP* 1990, p. 103, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 15, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 19 décembre 1989, *Kamasinski c. Autriche*, série A n° 168.
  RTDH 1991, p. 217, obs. J. Callewaert.

- Arrêt du 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c. Autriche*, série A n° 169.
  RTDH 1990, p. 381, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c. Suède*, série A n° 171.
  RTDH 1991, p. 491, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, série A n° 172.
  JDI 1991, p. 774, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1991, p. 241, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, série A n° 184.
  JDI 1990, p. 806, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 19 mars 1991, *Cardot c. France*, série A n° 200.

- Arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, série A, n° 201.
  RUDH 1991, p. 205, obs. G. Cohen-Jonathan.

- Arrêt du 26 avril 1991, *Ezelin c. France*, série A n° 202.
  GACEDH, n° 59, comm. J. Andriantsimbazovina.

- Arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, série A n° 214-C.
  RTDH 1992, p. 211, obs. F. Rigaux.

- Arrêt du 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, série A n° 227.

- Arrêt du 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, série A n° 226-A.
  RTDH 1993, p. 549, obs. F. Tulkens.

- Arrêt du 25 mars 1992, *B c. France*, série A n° 232-C.
  JCP 1992, II, 21955, note T. Garé ; *JCP* 1993, I, 3654, n° 19, obs. F. Sudre ; *D*. 1993, 101, note J.-P. Marguénaud ; *D*. 1992, somm. 325, obs. J.-F. Renucci ; *RTD civ.* 1992, p. 540, obs. J. Hauser ; *JDI* 1993, p. 720, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeison c. Islande*, série A n° 239.
  JCP 1993, I, 3654, n° 25, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, série A n° 240.
  JCP 1993, I, 3654, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1994, p. 87, obs. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss.

- Arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, série A n° 246- A.
  RTDH 1993, p. 335, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1993, I, 3654, n° 26, obs. F. Sudre ; *JDI* 1993, p. 751, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 69, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, série A, n° 247- C.
  JCP 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, pp. 775-778, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, p. 362, obs. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière.

- Arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, série A n° 259.
  JDI 1994, p. 788, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, série A n° 260-A.
  RTDH 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; AJDA 1994, p. 31, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 53, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 23 juin 1993, *Hoffman c. Autriche*, série A n° 255-C.
  RTDH 1994, p. 405, obs. J. Morange ; *D*. 1994, p. 326, note J. Hauser ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 38, obs. F. Sudre; *GACEDH*, n° 50, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 24 juin 1993, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, série A n° 260-B.

JCP 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1994, p. 37, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen*, série A n° 263.

- Arrêt du 30 juin 1993,*Sigurdur Sigurjonsson c. Islande*, série A n° 264.
  JCP 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *D.* 1994, 181, note J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 20 septembre 1993, *Saïdi c. France*, série A n° 261-C.

- Arrêt du 23 novembre 1993, *Poitrimol c. France*, série A n° 277-A.
  RTDH 1995, p. 615, obs. F. Roggen ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 23, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 34, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, série A n° 280-B.
  D. 1995, p. 5, note J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 1995, p. 53, obs. P. Georgin ; *RTDH* 1994, p. 263, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, série A n° 285-A.
  RTDH 1995, p. 69, obs. M.-A. Halperin ; *JCP* 1995, I, 3823, n° 44, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, série A n° 290.
  JCP 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *JDI* 1995, p. 764, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 22 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, série A n° 295-A.
  JCP 1995, I, 3823, n° 38, obs. F. Sudre ; *RUDH* 1994, p. 441, note P. Wachsmann.

- Arrêt du 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, série A n° 299-A.
  JCP 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 1995, p. 347, obs. J. Hauser.

- Arrêt du 23 septembre 1994, Gde Ch., *Jersild c. Danemark*, série A n° 298.
  JCP 1995, I, 3823, n° 36, obs. F. Sudre ; *RUDH* 1995, p. 1, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RUDH* 1955, p. 113, obs. M. Levinet ; *GACEDH*, n° 56, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, série A n° 297-C.
  JCP 1995, I, 3823, n° 32, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1996, p. 183, obs. P. Georgin ; *JDI* 1995, p. 783, obs. E. Decaux.

- Arrêt du 25 novembre 1994, *Stjerna c. Finlande*, série A n° 299-B.
  JCP 1995, I, 3823, n° 31, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, Série A, n° 301-A.

- Arrêt du 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, série A n° 303-C.
  AFDI 1994, p. 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, p. 798-800, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, p. 112 et *JCP* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, p. 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 3, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c. France*, série A, n° 308.
  RTDH 1995, p. 657, obs. D. Spielmann ; *D.* 1996, somm. 196, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 27, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 32, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (Exceptions préliminaires), série A n° 310.
  RGDIP 1998, p. 123, note G. Cohen-Jonathan ; *Justices* 1997, p. 169, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 1998, p 102, obs. J.-P. Cot ; *JDI* 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 4, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1996, p. 385, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 1, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri c. France*, série A n° 320-B.

- Arrêt du 26 septembre 1995, *Vogt contre Allemagne*, série A n° 323.

RTDH 1996, p. 389, obs. F. Sudre ; *JCP* 1996, I, 3910, n° 33, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1996, p. 381, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 58, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 27 septembre 1995, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, série A n° 324.
  RTDH 1996, p. 229, obs. A. Reuteir-Korkmaz ; *GACEDH*, n° 10, comm. M. Levinet.
- Arrêt du 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (Article 50)*, série A n° 330-B.
  GACEDH, n° 72, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 20 novembre 1995, *Pressios Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, série A n° 332.
  RTDH 1996, p. 577, obs. M. Verdussen et S. Depré ; *JDI* 1996, p. 259, obs. P. Tavernier

- Arrêt du 21 novembre 1995, *Velosa Barreto c. Portugal*, série A n° 334.
  JDI 1996, p. 266, obs. P. Tavernier

- Arrêt du 22 novembre 1995, *C.R. et S.W. c. Royaume-Uni*, série A n° 335-C et B.
  AJDA 1996, p. 445, note J.-P. Costa ; *JDI* 1996, p. 267, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1996, p. 459, obs. S. Van Drooghenbroek ; *RTD civ.* 1996, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 36, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 19 février 1996, *Gül c. Suisse*, req. n° 23218/94.

- Arrêt du 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n° 17358/90.
  RTDH 1996, p. 627, obs. P. Martens.

- Arrêt du 27 mars 1996, *Goddwin c. Royaume-Uni*, req. n°17488/90.
  RTD civ. 1996, p. 1026, obs. J-P. Marguénaud ; *RTDH* 1996, p. 433, obs. P. de Fontbressin.

- Arrêt du 23 avril 1996, *Remli c. France*, req. n° 16839/90.

- Arrêt du 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, req. n° 22070/93.
  RTD civ. 1996, p.1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, I, n° 4000, n° 37, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, req. n° 15573/89.
  JCP 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D.* 1997, jur., p. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *GACEDH*, n° 61, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 16 septembre 1996, *Adkivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93.
  RTDH 1998, p. 27, obs. P. Legros et Ph. Coenraets ; *GACEDH*, n° 70, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n° 17371/98.
  D. 1998, jur. p. 488, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

- Arrêt du 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, req. n° 20348/92.
  RTDH 1997, p. 47, obs. O de Schutter.

- Arrêt du 26 septembre 1996, *Manoussakis et autres c. Grèce*, req. n° 18748/91.
  RTDH 1997, p. 521, obs. G. Gonzales.

- Arrêt du 22 octobre 1996, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93.
  RTDH 1998, p. 781, obs. J. Sace.

- Arrêt du 15 novembre 1996, *Ahmet Sadik c. Grèce*, req. n° 18877/91.
  RUDH 1991, p. 12, obs. F. Sudre ; *AJDA* 1997, p. 977, obs. J.-F. Flauss ; *Justices* 1997, p. 176, chron. G. Cohen-Jonthan et J.-F. Flauss.

- Arrêt du 15 novembre 1996, *Tsomtos et autres c. Grèce*, req. n° 20680/92.

- Arrêt du 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. n° 17419/90.
  RTDH 1997, p. 713, obs. J.-M. Larralde.

- Arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, req. n° 15318/89.
  JDI 1997, p. 273, obs. P. Tavernier ; *RGDIP* 1998, p. 123, note G. Cohen-Jonathan, *RTDH* 1998, p. 77, obs. J.-P. Cot.

- Arrêt du 18 décembre 1996, *Valsamis c. Grèce*, req. n° 21787/93.

- Arrêt du 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93.
  RTDH 1997, p. 733, obs. M. Levinet ; *JCP* 1998, I, 107, n° 34, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1997, p. 1013, obs. J.-P. Marguénaud ; *D*. 1998, p. 97, note J.-M. Larralde.

- Arrêt du 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. n° 22009/93.

- Arrêt du 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91.
  RTD civ. 1997, p. 1007, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, II, 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; *D*. 1998, jur. p. 75, note F. Fricero ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH* n° 31, comm. J. Andriantsimbazovina.

- Arrêt du 29 avril 1997, *H.L.R. c. France*, req. n° 24573/94.
  RUDH 1997, p. 347, note N. Chauvin ; *JCP* 1998, I, 107, n° 9, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, req. n° 30240/96.

- Arrêt du 28 mai 1997, *Pauger c. Autriche*, req. n° 16717/90.

- Arrêt du 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. n° 20605/92.

- Arrêt du 1er juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, req. n° 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95 et 27755/95.

- Arrêt du 1er juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche (n° 2)*, req. n° 20834/92.
  RTDH 1998, p. 589, obs. Peyrou-Pistouley.

- Arrêt du 3 juillet 1997, *Pressios Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique (Satisfaction équitable)*, req. n° 17849/91.

- Arrêt du 27 août 1997, *M.S. c. Suède*, req. n° 20837/92.

- Arrêt du 26 septembre 1997, *Mehemi (n° 1) c. France*, req. n° 53470/99.

- Arrêt du 30 janvier 1998,Gde Ch., *affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n° 19392/92.
  RTDH 1999, p. 301, obs. B. Duarté ; *JCP* 1999, I, 105, n° 6 et 53, obs. F. Sudre ; *GACEDH*, n° 6, comm. M. Levinet, et n° 60, comm. J. Andriantsimbazovina.

- Arrêt du 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. n° 14967/89.
  RTDH 1998, p. 808, obs. Ph. Frumer ; *JCP* 1999, I, 105, n° 40 et 43, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 1998, p. 517, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH* n° 46, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 19 février 1998, *Kaya c. Turquie*, req. n° 22729/93.

- Arrêt du 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n° 21439/93.
  D. 1998, somm. 371, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 1999, p. 498, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1999, I, 105, n° 41, obs. F. Sudre ; *RTDH* 1999, p. 595, obs. B. Maurer.

- Arrêt du 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, req. n° 23372/94, 26377/94 et 26378/94.
  RTDH 1999, p. 575, obs. G. Gonzales ; *JCP* 1999, I, 105, n° 47, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n° 23372/94, 26377/94 et 26378/94.

RTDH 1998, p. 721, obs. S.-J. Priso Essawe ; *JCP* 1999, I, 105, n° 56 et 57, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 1er avril 1998 (satisfaction équitable), *Adkivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93.

- Arrêt du 21 avril 1998 *Daud c. Portugal*, req. n° 22600/93.
JCP 1999, I, 105, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 25 mai 1998, *Kurt c. Turquie*, req. n° 24276/94.
JCP 1999, I, 105, n° 9, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, req. n° 21237/93.

- Arrêt du 9 juin 1998, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, req. n° 23413/94.
JCP 1999, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 9 juin 1998, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, req. n° 21825/93 et 23414/94.

- Arrêt du 28 juillet 1998, *Loizidou c. Turquie* (article 50), req. n° 15318/89.

- Arrêt du 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. 22985/93 et 23390/94.
RTDH 1999, p. 637, obs. M. Levinet ; *JCP* 1999, I, 105, n° 42, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c. Turquie*, req. n° 22954/93.
JCP 1999, I, 105, n° 48, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 2 septembre 1998, *Yasa c. Turquie*, req. n° 22495/93.
JCP 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 23 septembre 1998, Gde Ch., *Lehideux et Irsoni c. France*, n° 24662/94.

- Arrêt du 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n° 25599/94.
JCP 1999, I, 105, n° 11, chron. F. Sudre.

- Arrêt du 23 septembre 1998, *Aka c. Turquie*, req. n° 19639/62.

- Arrêt du 28 octobre 1998, Gde Ch., *Osman c. Royaume-Uni*, req. n° 23452/94.
JCP 1999, I, 105, n° 8, obs. F. Sudre ; *JDI* 1999, obs. P. Tavernier ; *GACEDH*, n° 11, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 28 octobre 1998, Assenov et autres c. Bulgarie, req. n° 24760/94.
RTDH 1999, p. 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP* 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 29 avril 1999, Gde Ch., *Chassagnou et autres c. France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.
RTDH 1999, p. 901, obs. Ph. Flores et M. Flores-Lonjou ; *RTD civ.* 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH*, n° 66, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. n° 21980/93.

- Arrêt du 8 juillet 1999, *Tanrikulu c. Turquie*, req. n° 23763/94.

- Arrêt du 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et 33986/96.
RTD civ. 1999, p. 917, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli c. France*, req. n° 34374/97.
RTDH 2000, p. 293, obs. M. Levinet ; *D.* 2000, somm. p. 189, obs. J-F Renucci.

- Arrêt du 14 décembre 1999, *Serif c. Grèce*, req. n° 38178/97.

- Arrêt du 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, req. n° 31679/96.

RTD civ. 2001, p. 451, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 32, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 1er février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97.
  JCP 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2000, p. 601, obs. J. Patarin ; *Defrénois* 2000, p. 654, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2000, n° 33, obs. B. de Lamy ; *LPA* 2000, n° 145, p. 20, note Canaple ; *GACEDH* n° 51, comm. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 16 février 2000, Gde Ch., *Amann c. suisse*, req. n° 27798/95.

- Arrêt du 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, req. n° 39293/98.
  D. 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 16 mars 2000, *Özgur Gündem c. Turquie*, req. n° 23144/93,
  RTDH 2001, p. 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n° 34553/97.
  JCP 2000, II, 10344, note A. Perdriau ; JCP 2001, I, 291, n° 20, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2000, p. 439, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 28 mars 2000, *Kiliç c. Turquie*, req. n° 22492/93.

- Arrêt du 6 avril 2000, Gde Ch., *Labita c. Italie*, req. n° 26772/95.
  RTDH 2001, p. 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JCP* 2001, I, 291, n° 7, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 6 avril 2000, Gde Ch., *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97.
  JCP 2001, I, 291, n° 42, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2000, p. 434, obs. J.-P. Marguénaud, ; *AJDA* 2000, p. 537, obs. J.-F.Flauss.

- Arrêt du 9 mai 2000, *Ismail Ertak c. Turquie*, req. n° 20764/92.
  JCP 2001, I, 291, n° 4, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 27 juin 2000, Gde Ch., *Ilhan c. Turquie*, req. n° 22277/93.
  JCP 2001, I, 291, n° 8, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 13 juillet 2000, Gde Ch., *Scozzari et Giunta c. Italie*, req. n° 39221/98 et 41963/98.

- Arrêt du 13 juillet 2000, Gde Ch., *Elsholz c. Allemagne*, req. n° 25735/94.
  JCP 2001, I, 291, n° 31, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 18 juillet 2000, *Ekinci c. Turquie*, req. n° 25625/94.

- Arrêt du 20 juillet 2000, *Antonetto c. Italie*, req. n° 15918/89.
  JCP 2001, I, 291, n° 26, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 20 juillet 2000, *Caloc c. France*, req. n° 33951/96.
  JCP 2001, I, 291, n° 9, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c. France*, req. n° 34000/96.
  RTDH 2001, p. 1075, obs. G. Tillement ; *JCP* 2001, I, 291, n° 39, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 19 octobre 2000 (Satisfaction équitable), Gde Ch., *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96.

- Arrêt du 14 novembre 2000, *Yasar et autres c. Turquie*, req. n° 27697/95 et 27698/95.

- Arrêt du 21 novembre 2000, *Demiray c. Turquie*, req. n° 27308/95.

- Arrêt du 28 novembre 2000, *Siegel c. France*, req. n° 36350/97.

- Arrêt du 21 décembre 2000, *Büyükdag c. Turquie*, req. n° 28340/95.
  JCP 2001, I, 291, n° 8, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 18 janvier 2001, Gde Ch., *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n° 27238/95.
  RTDH 2001, p. 887, obs. F. Sudre ; *JCP* 2001, I, 342, n° 16 et 20, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2001, p. 448, obs. J.-P. Marguénaud ; *GACEDH* n° 45, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 18 janvier 2001, Gde Ch., *Beard c. Royaume-Uni*, n° 24882/94.
- Arrêt du 23 janvier 2001, *Brumarescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95.
  JCP 2001, I, 342, n° 8, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. n° 44599/98.
  JCP 2001, I, 342, n° 6 et 17, obs. F. Sudre

- Arrêt du 27 février 2001, *Adoud et Bosoni c. France*, req. n° 35237/97 et 34595/97.

- Arrêt du 22 mars 2001, Gde Ch., *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, req. n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98.
  RTDH 2001, p. 1109, obs. P. Tavernier.

- Arrêt du 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, req. n° 38432/97.
  RTDH 2002, p. 203, obs. D. Spielmann.

- Arrêt du 10 avril 2001, *Ali Öztürk c. Turquie (n° 1),* req. n° 19289/92.

- Arrêt du 10 avril 2001 (satisfaction équitable), *Almeida Garret, Mascarenhas Falcao et autres c. Portugal*, req. n° 29813/96 et 30299/96.

- Arrêt du 10 mai 2001, Gde Ch., *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94.
  RTDH 2002, p. 807, obs. P. Tavernier ; *JCP* 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 10 mai 2001, Gde Ch., *Z et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 29392/95.
  JCP 2001, I, 342, n° 3, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 28 juin 2001, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n° 24699/94.
  RTDH 2002, p. 1035, obs. P.-F. Docquir.

- Arrêt du 12 juillet 2001, Gde Ch., *K. et T. c. Finlande*, req. n° 25702/94.
  JCP 2002, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre

- Arrêt du 12 juillet 2001, Gde Ch., *Prince Hans-Adam II du Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98.
  AJDA 2001, p. 1064, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 17 juillet 2001, *I. Bilgin c. Turquie*, req. n° 25659/94.

- Arrêt du 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, req. n° 30882/96.
  RTDH 2002, p. 463, obs. J.-P. Costa ; *JCP* 2002, I, 105, n° 7, obs. F. Sudre, *RTD civ.* 2001, p. 986, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2001, p. 1062, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 31 juillet 2001, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.
  RTDH 2002, p. 983, obs. S. Sottiaux et D. de Prins ; *JCP* 2002, I, 105, n° 16, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2001, p. 979, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 25 octobre 2001, *Saggio c. Italie*, req. n° 41879/98.

- Arrêt du 21 novembre 2001, Gde Ch., *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97.
  JCP 2002, I, 105 n° 8, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2003, p. 139, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldavie*, req. n° 45701/99.
  AJDA 2002, p. 503, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 17 janvier 2002, Gde Ch., *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96.
  JCP 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, req. n° 53176/99.
  JCP 2002, I, 157, n° 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 26 février 2002, *Frette c. France*, req. n° 36515/97.
  JCP 2002, II,10074, note A. Gouttenoire-Cornut A. et F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 389, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 26 février 2002, *Kutzner c. Allemagne*, req. n° 45644/99.

- Arrêt du 14 mars 2002, *De Diego Nafria c. Espagne*, req. n° 46833/99.
  AJDA 2002, p. 502, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 14 mars 2002, *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, req. n° 46477/99.
  JCP 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 9 avril 2002, *Cisse c. France*, req. n° 41346/99.

- Arrêt du 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, req. n° 46726/99.

- Arrêt du 11 avril 2002, *Lallement c. France*, req. n° 46044/99.
  AJDA 2002, p. 504, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.
  JCP 2002, I, 157, n° 3 et 13, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2002, 7-8/11, p. 11, obs. E. Garaud ; *Defrénois* 2002, p. 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTDH* 2003, p. 71, obs. O. de Schutter ; *GACEDH*, n° 43, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 14 mai 2002, *Gentilhomme, Schaff-Benhadji et Zerouki c. France*, req. n° 48205/99, 48207/99, 48209/99.

- Arrêt du 18 juin 2002, *Öneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99.
  RTDH 2003, p. 279, obs. C. Laurent ; *JCP* 2002, I, 157, n° 23, obs. F. Sudre ; *D*. 2002, somm. p. 2568, obs. C. Bisan ; *AJDA* 2002, p. 1281, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 2 juillet 2002, *Wilson, National union of journalists et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 30668/96, 30671/96 et 30678/96.
  JCP 2003, I, 109, n° 21, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 11 juillet 2002, Gde Ch., *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. 28957/95.
  JCP 2003, I, 109, n° 16 et 22, obs. F. Sudre ; *RTD civ*. 2002, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2003, p. 1157, obs. P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann ; *RTDH* 2005, p. 349, obs. A. Carillon ; *GACEDH* n° 42, comm. M. levinet.

- Arrêt du 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99.
  JCP 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre.

- Arrêt *Papon c. France* du 25 juillet 2002, req. n° 54210/00.

- Arrêt du 24 septembre 2002, *M.G. c. Royaume-Uni*, req. n° 39393/98.
  JCP 2003, I, 109, n° 16, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 10 octobre 2002, *Czekalla c. Portugal*, req. n° 38830/97.
  JCP 2003, I, 109, n° 14, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 10 octobre 2002, *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, req. n° 38719/97.
  RTDH 2003, p. 1355, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2003, I, 109, n° 3 et 23, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 24 octobre 2002, Gde Ch., *Mastromatteo c. Italie*, req. n° 37703/97.
  JCP 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 26 novembre 2002, *E. et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 33218/96.
  RTDH 2003, p. 1355, obs. A. Gouttenoire.

- Arrêt du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n° 42326/98.
  JCP 2003, I, 120, chron. Ph. Malaurie ; *JCP* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ*. 2003, p. 276, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2003, p. 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, p. 405, obs. V. Bonnet ; *GACEDH*, n° 39, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 13 février 2003, Gde Ch., *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98.
  JCP 2003, I, 160, n° 15, obs. F. Sudre ; AJDA 2003, p. 609, obs. J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 18 février 2003, *Schaal c. Luxembourg*, req. n° 51773/99.

- Arrêt du 25 février 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, req. n° 51772/99.
  JCP 2003, I, 160, n° 13, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 10 avril 2003, *Mehemi (n°2) c. France*, req. n° 53470/99.

- Arrêt du 29 avril 2003, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, req. n° 56673/00.

- Arrêt du 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, req. 44306/98.

- Arrêt du 9 mai 2003, *Covezzi et Morselli c. Italie*, req. 52763/99.
  JCP 2003, I, 160, n° 11, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 27 mai 2003, *Sanglier c. France*, req. n° 50342/99.

- Arrêt du 3 juin 2003, *Pantea c. Roumanie*, n° 33343/96.
  D. 2003, p. 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP* 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 10 juin 2003, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96.

- Arrêt du 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97.
  RDC 2004, p. 788, obs. A. Debet ; *RTD civ.* 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 17 juin 2003, *Rianu c. Roumanie*, req. 34647/97.

- Arrêt du 8 juillet 2003, Gde Ch., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97.
  JCP 2004, I, 107, n° 14, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, req. n° 40016/98.
  RTD civ. 2003, p. 764, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, p. 785, obs. A. Debet ; *JCP* 2004, I, 107, n° 18, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2005, p. 663, obs. Ph. Frumer.

- Arrêt du 23 octobre 2003, *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99.

- Arrêt du 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, req. n° 39272/98.
  RTD civ. 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 29 janvier 2004, *Tahir Duran c. Turquie*, req. n° 40997/98.

- Arrêt du 17 février 2004, Gde Ch., *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. 44158/98.
  JCP 2004, I, 161, n° 13, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 8 avril 2004, Gde Ch., *Assanidzé c. Géorgie*, req. n° 71503/01.
  RTDH 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan.

- Arrêt du 17 février 2004, Gde Ch., *Maestri c. Italie*, req. n° 39748/98.

- Arrêt du 20 avril 2004, *Suguriu c. Roumanie*, req. n° 48995/99.

- Arrêt du 18 mai 2004, *Plon (Société) c. France*, req. n° 58148/00.
  JCP 2004, I, 161, n° 12, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 18 mai 2004, *Somogyi c. Italie*, req. n° 67972/01.

- Arrêt du 27 mai 2004, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, req. 57829/00.

- Arrêt du 17 juin 2004, *Zdanova c. Lettonie*, req. n° 58278/00.

- Arrêt du 22 juin 2004, Gde Ch., *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96.
  RTDH 2005, p. 203 obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI* 2005 p. 544, obs. P. Tavernier ; *RRJ* 2005, p. 914 note F. Lazaud ; *GACEDH*, n° 71, comm. J. Andriantsimbazovina.

- Arrêt du 22 juin 2004, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, req. n° 78028 et 78030/01.
  D. 2004, p. 3026 note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *JCP* 2004, I, 161, n° 7 et 9, obs. F. Sudre : Droit de la famille 2004, Etude 30, note A. Gouttenoire et P. Salvage-Gerest.

- Arrêt du 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00.
  RTD civ. 2004, p. 802, obs. J-P. Marguénaud ; *JCP* 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.* 2005, p. 340, note J.-L. Halperin ; *GACEDH*, n° 40, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98.
  D. 2005, p. 204, note G. Yildirim.

- Arrêt du 29 juin 2004, *Chauvy et autres c. France*, req. 64915/01.

- Arrêt du 29 juin 2004, *Dogan et autres c. Turquie*, req. n° 8803-8811/02, 8813/02, 8815-8819/02.
  JCP 2004, I, 161, n° 16-17, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 8 juillet 2004, Gde Ch., *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, req. 48787/99.
  RTDH 2005, p. 767, obs. G. Cohen-Jonathan ; *GACEDH*, n° 67, comm. F. Sudre.

- Arrêt du 8 juillet 2004, Gde Ch., *Vo c. France*, req. n° 53924/00.
  RTD civ. 2004, p. 799, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2004, p. 2436, note J. Pradel ; *JCP* 2004, II, 10158, note M. Levinet ; *JCP* 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, I, 110, n° 4, obs. M. Nadaud ; *GACEDH*, n° 9, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01.
  RTD civ. 2004, p. 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2004, p. 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP* 2005, I, 103, n° 15, obs. F. Sudre ; *JCP* 2005, II, 10052, note F. Boulanger ; *D.* 2005, p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; *D.* 2005, p. 2124, obs. M. Nicod ; *RDC* 2005, p. 645, obs. J. Rochfeld ; *Defrénois* 2005, art. 32285, note Ph. Malaurie.

- Arrêt du 29 juillet 2004, *Caloglu c. Turquie*, req. n° 55812/00.

- Arrêt du 16 novembre 2004, *Moreno Gomez c. Espagne*, req. n° 4143/02.
  GACEDH n° 46, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 18 novembre 2004, *Fotopoulo c. Grèce*, req. n° 66725/01.

- Arrêt du 30 novembre 2004, Gde Ch., *Öneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99.
  GACEDH, n° 63, comm. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 17 décembre 2004, Gde Ch., *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96.
  RTDH 2005, p. 385, obs. P. De Fontbressin.

- Arrêt du 17 décembre 2004, Gde Ch., *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. n° 49017/99.
  RTDH 2005, p. 385, obs. P. De Fontbressin.

- Arrêt du 22 décembre 2004, *Merger et Cros* c. France, req. n° 68864/01.
  JCP 2005, I, 103, n° 16, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud.

- Arrêt du 3 février 2005, *Fociac c. Roumanie*, req. n° 2577/02.

- Arrêt du 4 février 2005, Gde Ch., *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99.
  RTDH 2005, p. 799, obs. Ph. Frumer.

- Arrêt du 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, req. n° 68416/01.
  JCP 2005, I, 159, n° , obs. F. Sudre ; *Europe* 2005, n° 233, note N. Deffains.

- Arrêt du 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98 et 45558/99.
  JCP 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2005, chron. 2973, M. Fabre-Magnan.

- Arrêt du 22 février 2005, *Novoseletskiy c. Ukraine*, req. n° 47148/99.

- Arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne* du 22 février 2005, req. n° 35014/797.

- Arrêt du 22 février 2005, *Pakdemirli c. Turquie*, req. n° 35839/97.

- Arrêt du 31 mars 2005, *Matheus c. France*, req. n° 62740/00.
  JCP 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *Europe* 2005, comm. 234, obs. N. Deffains.

- Arrêt du 21 avril 2005, *Basoukou c. Grèce*, req. n° 3028/03.

- Arrêt du 12 mai 2005, Gde Ch., *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99.
  GACEDH, n° 12, comm. M. Levinet.

- Arrêt du 9 juin 2005, *R.R. c. Italie*, req. n° 42191/02.
- Arrêt du 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, req. n° 61603/00.
  JCP 2005, I, 159, n° 7, obs. F. Sudre ; *RTDH* 2006, p. 237, obs. I. Soumy.

- Arrêt du 23 juin 2005, *Ghibusi c. Roumanie*, req. n° 7893/02.

- Arrêt du 26 juillet 2005 *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01.
  JCP 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.* 2006, p. 346, note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1890, obs. J.-F. Flauss ; *RSC* 2006, p. 139, obs. F. Massias.

- Arrêt du 26 juillet 2005, *N. c. Finlande*, req. n° 38885/02.

- Arrêt du 13 septembre 2005, *I.A. c. Turquie*, req. n° 42571/98.

- Arrêt du 22 septembre 2005, *Sigalas c. Grèce*, req. n° 19754/02.

- Arrêt du 13 octobre 2005, *Bracci c. Italie*, req. n° 36822/02.

- Arrêt du 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, req. 74989/01.

- Arrêt du 10 novembre 2005, Gde Ch., *Leyla Sahin c. Turquie*, req. 44774/98.
  JCP 2006, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 22 novembre 2005, *Reigado Ramos c. Portugal*, req. n° 73229/01.

- Arrêt du 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France*, req. n° 53886/00.
  JCP 2006, I, 109, n° 10, obs. F. Sudre ; *JCP* 2006, II, 10076, note E. Derieux.

- Arrêt du 29 novembre 2005, *Urbino Rodriguez c. Portugal*, req. n° 75088/01.

- Arrêt du 22 décembre 2005, *Paturel c. France*, req. n° 54968/00.

- Arrêt du 22 décembre 2005, *Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grèce*, req. n° 32259/02.

- Arrêt du 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n° 52562/99 et 52620/99.
  JCP 2006, I, 164, n° 10, obs. F. Sudre.

- Arrêt 14 février 2006, *Lecarpentier et autre c. France*, req. n° 67847/01.
  LPA 3 mai 2006, p. 12, obs. E. Garaud ; *RTD civ*. 2006, p. 261, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2006, p. 288, obs. Th. Revet ; *RDC* 2006, p. 779, obs. A. Debet ; *JCP* 2006, I, 164, n° 4 et 14, obs. F. Sudre ; *JCP E* 2006, 2062, note J. Raynaud.

- Arrêt du 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.
  RTD civ. 2006, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2006, I, 164, n° 7, obs. F. Sudre.

- Arrêt du 1er mars 2006, Gde Ch., *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00.

- Arrêt du 29 mars 2006, Gde Ch., *Apicella c. Italie*, req. n° 64890/01.

- Arrêt du 29 mars 2006, Gde Ch., *Cochiarella c. Italie*, req. n° 64886/01.

- Arrêt du 27 avril 2006, *Sannino c. Italie*, req. n° 30961/03.

- Arrêt du 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n° 32570/03.

- Arrêt du 23 mai 2006, *Kounov c. Bulgarie*, req. n° 24379/02.

- Arrêt du 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Colak c. Turquie*, req. n° 60176/00.

- Arrêt du 6 juin 2006, Wos c. Pologne, req. n° 22860/00.

- Arrêt du 19 juin 2006, Gde Ch., *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97.
  AJDA 2006, p. 1709 et p. 1717, obs. J.-F. Flauss.

- Arrêt du 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse*, req. n° 7548/04.

- Arrêt du 13 juillet 2006, *SC Magna Holding SRL c. Roumanie*, req. n° 10055/03.

- Arrêt du 13 juillet 2006, *Lafargue c. Roumanie*, req. n° 37284/02.

- Arrêt du 13 juillet 2006, *Aoulmi c. France*, req. n° 50278/99.

- Arrêt du 13 juillet 2006, *Jäggi c. Suisse*, req. n° 58757/00.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPENNES

- CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, 68/88, Rec. p. 2965.

- CJCE, arrêt *Verholen e.a.* du 11 juillet 1991, aff. C-87, 88 et 89/90, *Rec.* I, p. 3757, concl. Darmon.

- CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, *Van Campenhout*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. 4599, concl. F.G. Jacobs ; *Jeroen Van Schijndel et Van Veen*, aff. Jointes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. 4705, concl. F.G. Jacobs.
  G F. Benoit-Rohmer, *LPA*, 25 octobre 1996, n° 129, pp. 26-32 ; Canivet et J.-G. Huglo, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe*, avril 1996, Chron. 4, pp. 1-4.

- CJCE, 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a*., affaire C-72/95, Recueil p. 5403, concl. Elmer.

- CJCE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, affaire C-126/97, Recueil, p. 3055.

AUTRES JURISPRUDENCES

COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- *Affaire M. Vélasquez c. Etat du Honduras*, 29 juillet 1988,
  G. Cohen-Jonathan, L'arrêt Vélasquez, *RGDIP* 1990, pp. 455-471.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- Avis sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, Rec. 1951, p. 23.

- Arrêt *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* du 26 juin 1986.

TABLE DES MATIERES
(les numéros renvoient aux pages)